الكفاية

في شرح الهداية

الكتاب: الكفاية في شرح الهداية

Title: AL-KIFĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام جلال الدين الكرلاني الخوارزمي الحنفي
(ت ٧٦٧ هـ)

Author: Al-Imam Jalaluddin Al-Karlany
Al-Khawarazmy Al-Hanafi (D. 767 H.)

المحقق: محمد أحمد الحقاني الأفغاني

Editor: Mohammad Ahmad Al-Haqqani Al-Afghani

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (8Vols./8Parts)	4376	عدد الصفحات (٨أجزاء/٨مجلدات)
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2019 A.D. - 1441 H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon	بلد الطباعة لبنان
Edition	1st (2 Colors)	الطبعة الأولى (لونان)

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨١٠/١١/١٢ ٨٠٤ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN 978-2-7451-9421-3

الكفاية

في شرح الهداية

تأليف

الإمام جلال الدين بن شمس الدين الكرلاني الخوارزمي الحنفي
المتوفى سنة ٧٦٧هـ

حققها وهذبها وقوم نصوصها وعلق عليها

محمد أحمد الحقاني الأفغاني
ماجستير في العلوم الإسلامية والعربية

تطبع للمرة الأولى محققة ومنقحة عن النسختين المخطوطتين

الجزء الثامن

يحتوي هذا الجزء:

الرهن - الجنايات - الديات
المعاقل - الوصايا - الخنثى

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ الرَّهْنِ

الرَّهْنُ لُغَةً: حَبْسُ الشَّيْءِ بِأَيِّ سَبَبٍ كَانَ وَفِي الشَّرِيعَةِ: جَعْلُ الشَّيْءِ مَحْبُوسًا بِحَقٍّ يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الرَّهْنِ كَالدُّيُونِ، وَهُوَ مَشْرُوعٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وَبِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - اشْتَرَىٰ مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا وَرَهَنَهُ بِهِ دِرْعَهُ» وَقَدِ

كتاب الرهن

يُقال: رهنتُ الرجلَ الشيءَ، ورهنته عنده، وأرهنه لغةٌ، ورهنته ضيعتي فارتَهنها منِّي أي أخذها رهنًا، والرهن المرهون، تسميةٌ بالمصدر، والجمع رهون ورهان ورهن، وقرئ بِهما، والرهين والرهينة الرهن أيضًا، والتَّركيب دالٌّ على الثبات والدوام، وفي اللغة جعل الشيء محبوسًا أيِّ شيءٍ كان بأيِّ سببٍ كان، قال الله تعالىٰ: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ۝٣٨﴾ [المدثر: ٣٨] أي محبوسةٌ بوبال ما كسبت من المعاصي، **وَفِي الشَّرِيعَةِ: جَعْلُ الشَّيْءِ مَحْبُوسًا بِحَقٍّ يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الرَّهْنِ كَالدُّيُونِ**، حتَّىٰ لا يصح الرهن إلا بدينٍ واجبٍ ظاهرًا وباطنًا أو ظاهرًا، فأمَّا بدينٍ معدومٍ فلا يصحُّ، إذ حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب.

قوله: **اشْتَرَىٰ مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا وَرَهَنَهُ بِهِ دِرْعَهُ**، أي بقيمته، ورُويَ أنَّ رسول الله عليه الصلاة والسلام توفِّي ودرعه مرهونٌ عند يهوديٍّ بوسقٍ من شعير، ثمَّ المشايخ

انْعَقَدَ عَلَىٰ ذٰلِكَ الإِجْمَاعُ، ....

رحمهم الله تعالىٰ استخرجوا من الحديث أحكامًا فقالوا: فيه دليلٌ علىٰ جواز الرهن في كلِّ ما هو مال متقوَّم، وما يكون معدًّا للطاعة وما لا يكون معدًّا له في ذلك سواءٌ، فإنَّ درعه عليه الصلاة والسلام كان معدًّا للجهاد فيكون فيه دليلًا علىٰ جواز رهن المصحف، بخلاف ما يقوله المتعسِّفة أنَّ ما يكون معدًّا للطاعة لا يجوز رهنه لأنه في صورته حبسه عن الطاعة، وفيه دليلٌ علىٰ أنَّ الرهن جائزٌ في الحضر والسفر جميعًا، فإنَّ رهنه عليه الصلاة والسلام كان بالمدينة في حال إقامته هنا، بخلاف ما يقوله أصحاب الظَّواهر أنَّ الرهن لا يجوز إلَّا في السفر، بظاهر قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] والتعليقُ بالشرط يقتضي الفصلَ بين الوجود والعدم، ولكنَّا نقول: ليس المراد به الشرط حقيقةً بل ذكر ما يعتاده الناس في معاملاتِهم، فإنَّهم في الغالب يميلون إلى الرهن عند تعذُّر إمكان التوثُّق بالكتاب والشهود، والغالب أنَّ ذلك يكون في السفر، والمعاملة الظاهرة من لدن رسول الله عليه الصلاة والسلام إلىٰ يومنا هذا بالرهن في الحضر والسفر دليلُ جوازه بكلِّ حالٍ، وفيه دليلٌ علىٰ أنَّ المرتَهن يكون أحقَّ بالرهن حال حياة الراهن وبعد وفاته، لأنه عليه الصلاة والسلام ماتَ ودرعه مرهونةٌ، ولو لم يكن المرتَهن أحقَّ بإمساك الرهن بعد الوفاة لم يكن درع رسول الله عليه الصلاة والسلام مرهونةً، وفيه دليلٌ علىٰ أنه لا بأسَ بأن يرهن المسلم سلاحًا من الذميِّ بدينٍ عليه، وفيه دليلٌ علىٰ أنه لا بأس للإمام والقاضي أن يباشر البيع والشراء بنفسه في غير مجلس القضاء، خلافًا لِمَا يقوله الشافعي رحمه الله تعالىٰ، وفيه دليلٌ علىٰ أنه لا بأسَ بأن يشترى الإنسان شيئًا نسيئةً وإن كان يمكنه الشراء بالنقد، فإنه عليه الصلاة والسلام اشترىٰ بالنسيئة وكان يمكنه الشراء بالنقد بأن يبيع درعه ثمَّ يشتري طعامًا بنقدٍ، خلافًا لما يقوله بعض المتعسِّفة فإنَّهم قالوا: يكره للإنسان الشراء بالنسيئة إذا كان قادرًا على الشراء بالنقد.

وَلِأَنَّهُ عَقْدُ وَثِيقَةٍ لِجَانِبِ الِاسْتِيفَاءِ فَيُعْتَبَرُ بِالْوَثِيقَةِ فِي طَرَفِ الوُجُوبِ وَهِيَ الكَفَالَةُ.

قَالَ: (الرَّهْنُ يَنْعَقِدُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَيَتِمُّ بِالْقَبْضِ) قَالُوا: الرُّكْنُ الإِيجَابُ بِمُجَرَّدِهِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَيَتِمُّ بِالْمُتَبَرِّعِ كَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْقَبْضُ شَرْطُ اللُّزُومِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَقَالَ مَالِكٌ: يَلْزَمُ بِنَفْسِ العَقْدِ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْمَالِ مِنَ الجَانِبَيْنِ فَصَارَ كَالْبَيْعِ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ وَثِيقَةٍ فَأَشْبَهَ الكَفَالَةَ وَلَنَا مَا تَلَوْنَا، وَالْمَصْدَرُ المَقْرُونُ بِحَرْفِ الفَاءِ

قوله: وَلِأَنَّهُ عَقْدُ وَثِيقَةٍ لِجَانِبِ الِاسْتِيفَاءِ، فصار كالوثيقة في جانب الوجوب، وهيَ الكفالة وكذا الحوالة، فإنَّهما مختصان بالذمة التي هي محلُّ الوجوب، إذ الذمَّة مضمونةٌ إلى الذمة في المطالبة، أو يتحوَّل الدين من ذمةٍ إلىٰ ذمةٍ أملأَ من الأولىٰ، والرهن عقدُ وثيقةٍ بمالٍ، والمال محلٌّ لاستيفاء الدين منه.

قوله: قَالُوا: الرُّكْنُ الإِيجَابُ بِمُجَرَّدِهِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ، إذ الرَّاهن لم يستوجب بما أثبتت للمرتَهن من اليد شيئًا على المرتَهن فيتمُّ بالمتبَرع كالهبة والصدقة، واختلفوا في القبول قال بعضهم إنه شرطٌ، وظاهر ما ذكر في المحيط يشيرُ إلىٰ أنه ركنٌ فإنه قال في الإيمان: الإجارة بدون القبول ليست بإجارةٍ وكذا الرهن، حتَّىٰ لا يحنث من حلف لا يؤاجر أو لا يرهن بدون القبول، وهكذا ذكره في المنتقىٰ، وأمَّا القبض فشرط اللزوم، وقال بعض أصحابنا: هو شرط الجواز، وقال مالك رحمه الله تعالىٰ: يلزم الرهن بالإيجاب والقبول، لأنه عقد يختصُّ بالمال من الجانبين فأشْبَه البيع، ولأنه وثيقةٌ بالدين بمنزلة الكفالة والحوالة فيلزم بالقبول، والخلاف معه بناءٌ على الخلاف في الهبة والصَّدقة.

قوله: وَلَنَا مَا تَلَوْنَاهُ، وهو قوله تعالىٰ: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] والمصدر

فِي مَحَلِّ الجَزَاءِ يُرَادُ بِهِ الأَمْرُ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ لِمَا أَنَّ الرَّاهِنَ لَا يَسْتَوْجِبُ بِمُقَابَلَتِهِ عَلَى المُرْتَهِنِ شَيْئًا وَلِهٰذَا لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِمْضَائِهِ كَمَا فِي الوَصِيَّةِ وَذٰلِكَ بِالْقَبْضِ، ثُمَّ يَكْتَفِي فِيهِ بِالتَّخْلِيَةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّهُ قَبْضٌ بِحُكْمِ عَقْدٍ مَشْرُوعٍ فَأَشْبَهَ قَبْضَ المَبِيعِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ فِي المَنْقُولِ إِلَّا بِالنَّقْلِ؛ لِأَنَّهُ قَبْضٌ مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ ابْتِدَاءً ....

المقرون بحرف الفاء في محلِّ الجزاء يراد به الأمر، كقوله تعالىٰ: ﴿فَضَرْبَ ٱلرِّقَابِ﴾ [محمد: ٤] ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] فكان هذا أمرًا بالرَّهن بهذه الصفة، فينفىٰ جوازه بدون هذه الصفة، ثمَّ في تسمية الرهان بالمصدر نظرٌ، لأنَّ الرهان جمع رهنٍ كالنعل والنعال، والجبل والجبال، وقوله: مقبوضةٌ، بالتأنيث دالٌّ علىٰ أنه جمع وليس بمصدرٍ، وإنَّما قال: والمصدرُ المقرون، لأنَّ تقديره والله تعالىٰ أعلم: فرَهَنَ رِهَانٌ مقبوضة، ووصفها بأنَّها مقبوضة باعتبار المآل.

قوله: كَمَا فِي الوَصِيَّةِ، كأنه أرادَ به الوصية بالتبرُّع، أو هو تصحيف الهبة، أو يكون المراد من إمضاء الوصية الموت من غير رجوعٍ عنها، فإنه إذا ماتَ لا عن رجوعٍ فكأنه أمضى الوصية من هذا الوجه.

قوله: ثُمَّ يَكْتَفِي فِيهِ بِالتَّخْلِيَةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وهيَ عبارةٌ عن رفع المانع عن القبض.

قوله: مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ ابْتِدَاءً، أرادَ بابتداء الضمان أن لا يكون مضمونًا قبل العقد، والرهن لم يكن مضمونًا على الرَّاهن حتَّىٰ يكون الرهن نقلًا للضمان، فكان وجوب الضمان على المرتَّهن ابتداءً كما في الغصب.

بِمَنْزِلَةِ الغَصْبِ، بِخِلَافِ الشِّرَاءِ؛ لِأَنَّهُ نَاقِلٌ لِلضَّمَانِ مِنَ البَائِعِ إِلَى المُشْتَرِي وَلَيْسَ بِمُوجِبٍ ابْتِدَاءً وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ.

قَالَ: (وَإِذَا قَبَضَهُ المُرْتَهِنُ مَحُوزًا مُفَرَّغًا مُتَمَيِّزًا تَمَّ العَقْدُ فِيهِ) لِوُجُودِ القَبْضِ بِكَمَالِهِ فَلَزِمَ العَقْدُ (وَمَا لَمْ يَقْبِضْهُ فَالرَّاهِنُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ سَلَّمَهُ وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَنِ الرَّهْنِ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ اللُّزُومَ بِالْقَبْضِ إِذِ المَقْصُودُ لَا يَحْصُلُ قَبْلَهُ.

قوله: بِمَنْزِلَةِ الغَصْبِ، يعني كما أنَّ المغصوب لا يصير مضمونًا بالتخلية بدون النقل، فكذلك المرهون.

قوله: بِخِلَافِ الشِّرَاءِ؛ لِأَنَّهُ نَاقِلٌ لِلضَّمَانِ، فإنَّ المبيع قبل التسليم إلى المشتري كان مضمونًا على البائع بالثمن، فانتقل المبيع منه إلى المشتري بذلك الضمان على المشتري بالتسليم إليه فلم يكن مضمونًا ابتداءً.

قوله: وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ، لأنَّ حقيقة الاستيفاء بالتخلية، والقبض الموجب لهذا الاستيفاء أيضًا ثبتَ بالتخلية، فإذا قبضه المرتَهن محرزًا مفرغًا متميزًا تمَّ العقد فيه.

قوله: مَحُوزًا، أي مقسومًا، وهو احتراز عن المشاع فإنه لا يجوز عندنا، وقوله: مُفَرَّغًا، أي عن ملك الراهن، وهو احتِرازٌ عن رهن دارَ فيها متاع الراهن، وقوله: مُتَمَيِّزًا، أي لم يكن الرهن متصلًا بغيره اتصال خلقةٍ، كما لو رَهَن الثمر علىٰ رأس الشجر بدون الشجر، لأنَّ المرهون متصل بغير المرهون خلقةً فصار كالشائع.

قوله: إِذِ المَقْصُودُ لَا يَحْصُلُ قَبْلَهُ، أي قبل القبض، لأنَّ الرهن استيفاء الدين حكمًا، والاستيفاء حقيقةً لا يكون بدون القبض فكذا الاستيفاء حكمًا، ولأنَّ المقصود

قَالَ: (وَإِذَا سَلَّمَهُ إِلَيْهِ فَقَبَضَهُ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: هُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، وَلَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ بِهَلَاكِهِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ، قَالَهَا ثَلَاثَةً، لِصَاحِبِهِ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» قَالَ: وَمَعْنَاهُ لَا يَصِيرُ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ، وَلِأَنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ بِالدَّيْنِ فَبِهَلَاكِهِ لَا يَسْقُطُ الدَّيْنُ اعْتِبَارًا بِهَلَاكِ الصَّكِّ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ بَعْدَ الوَثِيقَةِ يَزْدَادُ مَعْنَى الصِّيَانَةِ، وَالسُّقُوطُ بِالْهَلَاكِ يُضَادُّ مَا اقْتَضَاهُ العَقْدُ إِذَا لَحِقَ بِهِ يَصِيرُ بِعَرَضِ الهَلَاكِ وَهُوَ ضِدُّ الصِّيَانَةِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِلْمُرْتَهِنِ بَعْدَ مَا نَفَقَ فَرَسُ الرَّهْنِ عِنْدَهُ «ذَهَبَ حَقُّكَ» وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِذَا عُمِّيَ الرَّهْنُ فَهُوَ بِمَا فِيهِ» مَعْنَاهُ: عَلَىٰ مَا قَالُوا إِذَا اشْتَبَهَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ بَعْدَ مَا هَلَكَ

إضجار الرَّاهن ليتسارع إلىٰ قضاء الدين، وإنَّما يحصلُ هذا المقصودَ بدوام يد المرتَهن عليه، وذلك إنَّما يكون بالقبض.

قوله: قَالَ: وَمَعْنَاهُ - أي وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: ومعنىٰ قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يغلق الرهن» - لَا يَصِيرُ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ، وقوله: لِصَاحِبِهِ غُنْمُهُ، أي زوائده يكون له، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ، أي لو هلك لهَلَك على الراهن.

قوله: «ذَهَبَ حَقُّكَ»، لا يجوز أن يراد به ذَهَبَ حقك في الحبس، لأنَّ هذا ممَّا لا يشكل.

قوله: مَعْنَاهُ: عَلَىٰ مَا قَالُوا إِذَا اشْتَبَهَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ بَعْدَ مَا هَلَكَ، بأن قال الراهن:

وَإِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - عَلَىٰ أَنَّ الرَّاهِنَ مَضْمُونٌ مَعَ اخْتِلَافِهِمْ فِي كَيْفِيَّتِهِ، وَالْقَوْلُ بِالْأَمَانَةِ خَرْقٌ لَهُ، وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ» عَلَىٰ مَا قَالُوا الِاحْتِبَاسُ الْكُلِّيُّ وَالتَّمَكُّنُ بِأَنْ يَصِيرَ مَمْلُوكًا لَهُ كَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ عَنِ السَّلَفِ وَلِأَنَّ الثَّابِتَ لِلْمُرْتَهِنِ يَدُ الِاسْتِيفَاءِ وَهُوَ مِلْكُ الْيَدِ وَالْحَبْسِ؛

لا أدري كم كانت قيمته، وقال المرتَهن: كذلك، فهو بما فيه من الدين.

قوله: وَإِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ عَلَىٰ أَنَّ الرَّاهِنَ مَضْمُونٌ مَعَ اخْتِلَافِهِمْ فِي كَيْفِيَّتِهِ، فقال أبو بكر وعلي رضي الله عنهما: هو مضمونٌ بالقيمة، وقال عُمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما: مضمونٌ بالأقلِّ من قيمته ومن الدين، وقال ابن عباس رضي الله تعالىٰ عنه: هو مضمونٌ بالدين قلَّت قيمته أو كَثُرت، وهو قول شُريح، فالقول بالأمانة خرقُ الإجماع، ولم يفهم أحدٌ من اللُّغة من قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يغلق الرهن» نفي الضمان عن المرتَهن، وذكر الكرخي عن السلف كطاؤس وإبراهيم وغيرهما أنَّهم اتَّفقوا علىٰ أنَّ المراد: لا يحبس الرهن عند المرتَهن احتباسًا لا يمكن فكاكه بأن يكون مملوكًا للمرتَهن، والدليلُ عليه ما رُوِي عن الزُّهري أنَّ أهل الجاهلية كانوا يرتَهنون ويشتَرطون على الراهن أنه إن لم يقض الدين إلىٰ وقتٍ كذا فالرهن مملوكٌ للمرتَهِن، فأبطَلَ رسول الله عليه الصلاة والسلام ذلك بقوله: «لا يغلق الرهن»، وقيل لسعيد بن المسيب: أَ هو قول الرجل: إن لم يأت بالدين إلىٰ وقت كذا فالرهن بيع بالدين؟ فقال: نعم! وقوله: لِصَاحِبِهِ غُنْمُهُ، الصاحبُ يحتمل المرتَهن، كما يُقال للمضارب صاحب المال، والحمل عليه أوْلىٰ، لأنَّ حقيقة الصحبة له فيصير كأنَّه قال: للمرتَهن غنمه، أي الزوائد تصير رهنًا عنده، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ، أي هلاك الرهن على المرتَهن، وإن كان المراد به

لِأَنَّ الرَّهْنَ يُنْبِئُ عَنِ الحَبْسِ الدَّائِمِ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨] وَقَالَ قَائِلُهُمْ: شعر:

وَفَارَقْتُكَ بِرَهْنٍ لَا فِكَاكَ لَهُ * يَوْمَ الوَدَاعِ فَأَمْسَىٰ الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا

وَالْأَحْكَامُ الشَّرْعِيَّةُ تَنْعَطِفُ عَلَى الأَلْفَاظِ عَلَىٰ وَفْقِ الأَنْبَاءِ، وَلِأَنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ لِجَانِبِ الِاسْتِيفَاءِ وَهُوَ أَنْ تَكُونَ مُوصِلَةً إِلَيْهِ وَذٰلِكَ ثَابِتٌ لَهُ بِمِلْكِ اليَدِ وَالْحَبْسِ لِيَقَعَ الأَمْنُ مِنَ الجُحُودِ مَخَافَةَ جُحُودِ المُرْتَهِنِ الرَّهْنَ، وَلِيَكُونَ عَاجِزًا عَنْ الِانْتِفَاعِ بِهِ فَيَتَسَارَعُ إِلَىٰ قَضَاءِ الدَّيْنِ لِحَاجَتِهِ أَوْ لِضَجَرِهِ، وَإِذَا كَانَ كَذٰلِكَ يَثْبُتُ الِاسْتِيفَاءُ مِنْ وَجْهٍ وَقَدْ تَقَرَّرَ بِالْهَلَاكِ، فَلَوِ اسْتَوْفَاهُ ثَانِيًا يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، بِخِلَافِ حَالَةِ القِيَامِ؛ لِأَنَّهُ يَنْقُضُ هٰذَا الِاسْتِيفَاءَ بِالرَّدِّ عَلَى الرَّاهِنِ فَلَا يَتَكَرَّرُ، وَلَا وَجْهَ إِلَى اسْتِيفَاءِ البَاقِي بِدُونِهِ؛

الراهن فالمراد من الغرم نفقة الرهن حال قيامه والكفن حال موته.

قوله: وَإِذَا كَانَ كَذٰلِكَ، أي لمَّا كان موجب الرهن ملك اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجهٍ وتقرَّر بالهلاك، فَلَوِ اسْتَوْفَاهُ ثَانِيًا يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، أي إلىٰ تكرار الأداء فيما يرجع إلى اليد وهو معنى الربا.

قوله: وَلَا وَجْهَ إِلَى اسْتِيفَاءِ البَاقِي - أي الباقي بعد الاستيفاء يدًا وهو ملك الرقبة - بِدُونِهِ، أي بدون الاستيفاء يدًا، هذا جوابُ إشكالٍ وهو أن يقال: يستوفى المرتَهن الدين علىٰ وجهٍ لا يؤدي إلى الربا بأن يستوفيه رقبةً لا يدًا، لأنَّ الاستيفاء يدًا تقرَّر بالهلاك فبقي من دينه ملك الرقبة، فإذا استوفاهُ استوفىٰ حقَّه لا زيادةً ولا نقصانًا، فأجابَ رحمه الله تعالىٰ

لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ، وَالِاسْتِيفَاءُ يَقَعُ بِالْمَالِيَّةِ، أَمَّا العَيْنُ فَأَمَانَةٌ حَتَّىٰ كَانَتْ نَفَقَةُ المَرْهُونِ عَلَى الرَّاهِنِ فِي حَيَاتِهِ وَكَفَنِهِ بَعْدَ مَمَاتِهِ، وَكَذَا قَبْضُ الرَّهْنِ لَا يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الشِّرَاءِ إِذَا اشْتَرَاهُ المُرْتَهِنُ؛ لِأَنَّ العَيْنَ أَمَانَةٌ

بأنَّ استيفاء ملك الرقبة بدون ملك اليد لا يتصوَّر، فلو استوفاه يتكرَّر الاستيفاء في حقِّ اليد وذلك ربًا فثبتَ العجز عن الاستيفاء، وهذا كما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ في رجلٍ له علىٰ آخر ألفٌ جيادٌ فقضاه ألفًا زيوفًا فأنْفَقه ربُّ الدين ثمَّ عَلِم أنَّها زيوفٌ سقطَ اعتبار جودته، لأنَّها لا يمكن أخذها منفردةً، ولا وجه إلىٰ أخذها تبعًا لأنه يصير ربًا، فكذا هنا.

قوله: وَالِاسْتِيفَاءُ يَقَعُ بِالْمَالِيَّةِ، هذا جوابُ إشكالٍ أيضًا وهو أن يقال: وَجَب أن لا يسقط لأنَّ المرتَهن لم يستوف شيئًا من حقه لأنَّ الاستيفاء يكون من جنس الحقِّ؟ فأجابَ رحمه الله تعالىٰ بأنه استوفَىٰ من جنس حقِّه لأنه يكون مستوفيًا من مالية الرهن لا من عينه، لأنَّ الاستيفاء بالعين يكون استبدالًا، والمرتَهن مستوفٍ لا مستبدلٍ، وباعتبار الاستيفاء من المالية تتجانس الأموال، أمَّا العين أمانةٌ في يده وهو بمنزلة الكيس للمالية فكأنَّ الراهن جعل مقدار الرهن في كيس وسلمه إلى المرتَهن ليستوفَىٰ حقه، وعند الهلاك في يده يتمُّ استيفاؤه في مقدار حقه، إلَّا أنَّها لم تصر ملكًا له لأنَّ الماليةَ صفة العين والأوصاف لا تملك قصدًا، وهذا كمن اشترىٰ دهنًا في زقٍّ فسلم البائع الزقَّ مع الدهن فإنَّ يد المشتري تكون يد استيفاءٍ في حقِّ الدُّهن لا في حقِّ الزقِّ، وكذلك تسليم الدار إلى المستأجر بحكم الإجارة تكون يده يد استيفاءٍ في حقِّ المنفعة ويد أمانةٍ في حقِّ الدار، حتَّىٰ أنَّ ما يهلك من المنفعة يهلك على المستأجر حتَّىٰ يتأكَّد عليه الأجرُ بإزائه.

قوله: وَكَذَا قَبْضُ الرَّهْنِ لَا يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الشِّرَاءِ، عطفٌ علىٰ قوله: حَتَّىٰ كَانَتْ نَفَقَةُ المَرْهُونِ عَلَى الرَّاهِنِ، وفيه بيان أنَّ العينَ أمانةٌ حتى لا يصير المرتَهن قابضًا بنفس

فَلَا تَنُوبُ عَنْ قَبْضِ ضَمَانٍ، وَمُوجِبُ العَقْدِ ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ وَهٰذَا يُحَقِّقُ الصِّيَانَةَ، وَإِنْ كَانَ فَرَاغُ الذِّمَّةِ مِنْ ضَرُورَاتِهِ كَمَا فِي الحَوَالَةِ فَالْحَاصِلُ أَنَّ عِنْدَنَا حُكْمَ الرَّهْنِ صَيْرُورَةُ الرَّهْنِ مُحْتَبِسًا بِدَيْنِهِ بِإِثْبَاتِ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ عَلَيْهِ وَعِنْدَهُ تَعَلُّقُ الدَّيْنِ بِالْعَيْنِ اسْتِيفَاءً مِنْهُ عَيْنًا بِالْبَيْعِ، فَيُخَرَّجُ عَلَىٰ هٰذَيْنِ الأَصْلَيْنِ عِدَّةٌ مِنَ المَسَائِلِ المُخْتَلَفِ فِيهَا بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ عَدَدْنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهِي جُمْلَةً: مِنْهَا أَنَّ الرَّاهِنَ مَمْنُوعٌ عَنِ الِاسْتِرْدَادِ

الشراء، بل ينبغي أن يقبض ثانيًا.

قوله: وَمُوجِبُ العَقْدِ ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ، جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ أنَّ الحقَّ به يصيرُ بعرض الهلاك وهو ضدُّ الصيانة، يعني إنَّما ينعدمُ معنى الصيانة إذا قلنا بتوىٰ حقِّه، والاستيفاء ليس بإتواءٍ للحقِّ بل فيه معنى الصيانة علىٰ ما ذكر أنه يقع به الأمن عند جحود الدين مخافةَ جحود المرتَهن الدين، ويعجز عن الانتفاع بالرهن فيتسارع إلىٰ قضاء الدين، ومن ضروراته فراغُ ذمة الراهن عند هلاك الرهن وتمام الاستيفاء، وذا لا ينافي كونه وثيقةً لصيانة حقِّ المرتَهن، كالحوالة فإنَّها توجبُ الدين في ذمة المحتال عليه صيانةً لحقِّ الطالب وإن كان من ضرورته فراغ ذمة المحيل، وبه لا يزولُ معنى الوثيقة، وبه فارقَ هلاك الشهود والصكِّ، لأنَّ سقوط الدين عندنا باعتبار ثبوت يد الاستيفاء إذا تمَّ ذلك بِهلاك الرَّهن، وذا لا يوجد في الصكِّ والشهود.

قوله: اسْتِيفَاءً مِنْهُ عَيْنًا بِالْبَيْعِ، أي استيفاءً منه بعينه بالبيع لا ممَّا يتولَّد منه، لأنَّ تعين عينٍ للبيع لا يقتضي تعين عينٍ أخرىٰ للبيع.

قوله: مِنْهَا أَنَّ الرَّاهِنَ مَمْنُوعٌ عَنِ الِاسْتِرْدَادِ، وكذا عن ركوبه وشرب لبنه، لأنه ينافي موجبه وهو ملك الحبس للمرتَهن على الدَّوام، ورهن المشاع لا يصحُّ لأنَّ قبضه على

لِلِانْتِفَاعِ؛ لِأَنَّهُ يَفُوتُ مُوجَبُهُ وَهُوَ الِاحْتِبَاسُ عَلَى الدَّوَامِ، وَعِنْدَهُ لَا يَمْنَعُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنَافِي مُوجِبَهُ وَهُوَ تَعَيُّنُهُ لِلْبَيْعِ وَسَيَأْتِيكَ البَوَاقِي فِي أَثْنَاءِ المَسَائِلِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ إِلَّا بِدَيْنٍ مَضْمُونٍ) ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ، وَالِاسْتِيفَاءُ يَتْلُو الوُجُوبَ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: ....

الدوام لا يوجد فيه، إذ في المهايأة يفوتُ حبسه يوم قبض الراهن ويسقطُ الدين بالهلاك ويسري هذا الحكم إلى الولد لأنه يملك ملك الأصل، وعنده لمَّا كان حكمُ الرهن صيرورةَ المرتَهن أحقَّ به بيعًا بدينه وعند البيع هو أحقُّ بثمنه، فإذا هلكَ لا يسقطُ الدين لأنه أمانةٌ عنده ولا يسري إلى الولد لأنَّ تعين عينٍ للبيع لا يقتضي تعين عينٍ أخرىٰ للبيع، وصحَّ رهن المشاع لأنه يجوز بيعه وللرَّاهن استِرداده وركوبه وشرب لبنه لبقائه علىٰ ملكه، ولا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع.

قوله: وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ إِلَّا بِدَيْنٍ مَضْمُونٍ، قوله: مَضْمُونٍ، علىٰ وجه التأكيد وإلا فجميع الديون مضمونٌ كذا في شرح الأقطع، وقيل: هو احتِرازٌ عن ضمان الدَّرك، وفي المبسوط: والرهنُ بالدَّرك باطلٌ، لأنَّ الدرك ليسَ بمالٍ مستحقٍّ يمكنُ استيفاؤه من مالية الرهن، ولو هلك في يد المرتَهن لم يضمن، لأنَّ ضمان الرهن ضمان الاستيفاء والاستيفاء لا يسبقُ الوجوبَ، ولا يصحُّ أن يقال: قوله: مَضْمُونٍ، احتِرازٌ عن بدل الكتابة، لأنه ذكر في فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله تعالىٰ أنَّ المولىٰ إذا أخذَ من مكاتبه رهنًا ببدل الكتابة جاز، وإن كان لا يجوز أخذ الكفيل ببدل الكتابة.

قوله: لِأَنَّ حُكْمَهُ ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ، وَالِاسْتِيفَاءُ يَتْلُو الوُجُوبَ، فلا بُدَّ من وجوبٍ سابقٍ على الاستيفاء ليكون الاستيفاء مبنيًّا عليه، فإن قيل: أليسَ أنه إذا دفع ثوبًا

وَيَدْخُلُ عَلَىٰ هٰذَا اللَّفْظِ الرَّهْنُ بِالْأَعْيَانِ المَضْمُونَةِ بِأَنْفُسِهَا، فَإِنَّهُ يَصِحُّ الرَّهْنُ بِهَا وَلَا دَيْنَ وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ فِيهَا هُوَ القِيمَةُ وَرَدُّ العَيْنِ مُخَلِّصٌ عَلَىٰ مَا عَلَيْهِ أَكْثَرُ المَشَايِخِ وَهُوَ دَيْنٌ وَلِهٰذَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِهَا، وَلَئِنْ كَانَ لَا يَجِبُ إِلَّا بَعْدَ الهَلَاكِ وَلٰكِنَّهُ يَجِبُ عِنْدَ

إلىٰ رجلٍ علىٰ أن يقرضه عشر دراهمَ صار الثوبُ رهنًا وقد حصل الرهنُ قبل وجوب الدين وقبل وجود سببه، فلا يكون تاليًا للوجوب؟ قلنا: لا بل بعد وجود سببه، لأنَّ القرضَ يثبت من حيث الاعتبار سابقًا على الرهن، كما في قوله: أعتق عبدك عني علىٰ ألف درهم يثبتُ البيع سابقًا على العتق، فإذا ثبتَ القرضُ سابقًا على الرهن حصلَ الرهن بعد وجود القرض من حيث الاعتبار.

قوله: وَيَدْخُلُ عَلَىٰ هٰذَا اللَّفْظِ، أي يشكل علىٰ قوله: وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ إِلَّا بِدَيْنٍ مَضْمُونٍ، الرهنُ بالأعيان المضمونة بأنفسها، أي بمثلها أو بقيمتها، فهيَ مضمونة بأنفسها باعتبار أنَّ المثل أو القيمة قائمةٌ مقامها، واحتَرز به عن الأعيان المضمونة بغيرها، وهيَ المبيعُ في يد البائع فإنه مضمونٌ بغيره وهو الثمن، وفي المبسوط: الرَّهن بالأعيان علىٰ ثلاثة أوجهٍ، أحدها: الرهن بعينٍ هو أمانةٌ وهو باطلٌ، لأنَّ موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتَهن، وحقُّ صاحب الأمانة في العين مقصورٌ عليه فاستيفاء العين من عينٍ آخر غير ممكنٌ، والثانِي: الرهنُ بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع، وهو مضمونٌ بالثمن وهذا لا يجوز أيضًا، والثالث: الرهن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب، وهو صحيحٌ، لأنَّ موجب العقد ردُّ العين إن أمْكَن وردُّ القيمة عند تعذُّر ردِّ العين، وذلك دينٌ يمكن استيفاؤه من مالية الرهن.

قوله: وَلِهٰذَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِهَا، أي لأنَّ موجب الأصليِّ هو القيمة تصحُّ الكفالة

الهَلَاكِ بِالْقَبْضِ السَّابِقِ، وَلِهٰذَا تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ القَبْضِ فَيَكُونُ رَهْنًا بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِ وُجُوبِهِ فَيَصِحُّ كَمَا فِي الكَفَالَةِ، وَلِهٰذَا لَا تَبْطُلُ الحَوَالَةُ المُقَيَّدَةُ بِهِ بِهَلَاكِهِ، بِخِلَافِ الوَدِيعَةِ.

قَالَ: (وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنَ الدَّيْنِ، فَإِذَا هَلَكَ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ، وَقِيمَتُهُ وَالدَّيْنُ سَوَاءٌ صَارَ المُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا لِدَيْنِهِ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ فَالْفَضْلُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ) ؛ لِأَنَّ المَضْمُونَ بِقَدْرِ مَا يَقَعُ بِهِ الِاسْتِيفَاءُ وَذَاكَ بِقَدْرِ الدَّيْنِ (وَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ سَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدْرِهِ وَرَجَعَ المُرْتَهِنُ بِالْفَضْلِ) ؛ لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ بِقَدْرِ المَالِيَّةِ وَقَالَ

بِها، مع أنَّ الكفالة لا تصحُّ إلا في الديون.

قوله: بِخِلَافِ الوَدِيعَةِ، أي تبطلُ الحوالة المقيَّدة بِها بِهلاكها، لأنَّها تفوتُ لا إلىٰ خلفٍ.

قوله: وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالْأَقَلِّ، الأقلُّ بالألف واللام، وقوله: مِنْ قِيمَتِهِ، أي يوم القبض، وَمِنَ الدَّيْنِ، بيانٌ للأقلِّ، أي أيُّهما كان أقلَّ فهو مضمونٌ به وصورته.

قوله: وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ فَالْفَضْلُ أَمَانَةٌ ... وَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ سَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدْرِهِ وَرَجَعَ المُرْتَهِنُ بِالْفَضْلِ، بيانه: إذا رَهَنَ ثوبًا قيمته عشرةٌ بعشرةٍ فهلكَ عند المرتَهن سقط دينه، فإن كانت قيمة الثوب خمسةً يرجع المرتَهن على الراهن بخمسةٍ أخرىٰ، وإن كانت قيمته خمسة عشر فالفضل أمانةٌ عندنا، وعند زُفر رحمه الله تعالىٰ يرجع الراهن على المرتَهن بخمسةٍ، لأنَّ الرهن عنده مضمون بالقيمة لقول عليٍّ رضي الله تعالىٰ عنه: يترادّان الفضل في الرهن أثبت التراد مطلقًا، وأنه يكون من الجانبين فينتظم

زُفَرُ: الرَّهْنُ مَضْمُونٌ بِالْقِيمَةِ، حَتَّىٰ لَوْ هَلَكَ الرَّهْنُ، وَقِيمَتُهُ يَوْمَ الرَّهْنِ أَلْفٌ وَخَمْسمِائَةٍ وَالدَّيْنُ أَلْفٌ رَجَعَ الرَّاهِنُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ بِخَمْسِمِائَةٍ، لَهُ حَدِيثُ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - قَالَ: «يَتَرَادَّانِ الفَضْلَ فِي الرَّهْنِ» وَلِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى الدَّيْنِ مَرْهُونَةٌ لِكَوْنِهَا مَحْبُوسَةً بِهِ فَتَكُونُ مَضْمُونَةً اعْتِبَارًا بِقَدْرِ الدَّيْنِ، وَمَذْهَبُنَا مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ وَعَبْدِ اللهِ ابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، وَلِأَنَّ يَدَ الْمُرْتَهِنِ يَدُ الِاسْتِيفَاءِ فَلَا تُوجِبُ الضَّمَانَ إِلَّا بِالْقَدْرِ الْمُسْتَوْفِي كَمَا فِي حَقِيقَةِ الِاسْتِيفَاءِ، وَالزِّيَادَةُ مَرْهُونَةٌ بِهِ ضَرُورَةَ امْتِنَاعِ حَبْسِ الأَصْلِ بِدُونِهَا وَلَا ضَرُورَةَ فِي حَقِّ الضَّمَانِ

حالة الهلاك والبيع فيجب الترادُّ في الحالين جميعًا، في حالة البيع إن كان في الثمن نقصانٌ فالراهن يردّ الفضلَ من الدين، وإن كان في الثمن زيادةً فالمرتَهن يردّ الزيادة، وكذا في حالة الهلاك إن كان في قيمة الرهن نقصان عن الدين فالراهن يرد الفضل، وإن كان في القيمة فضل على الدين فالمرتَهن يرد فضل القيمة على الدين فيثبت التَّراد من الجانبين.

قوله: كَمَا فِي حَقِيقَةِ الِاسْتِيفَاءِ، إذا أَوْفَاه ألفي درهم في كيسٍ وحقُّه في ألفٍ يصير ضامنًا قدرَ الدين لا غيرَ، والزيادة علىٰ قدر الدين أمانةٌ فكذلك هذا.

قوله: وَالزِّيَادَةُ مَرْهُونَةٌ بِهِ ضَرُورَةَ امْتِنَاعِ حَبْسِ الأَصْلِ بِدُونِهَا، والثابت ضرورةً يتقدَّر بقدر الضرورة، كما إذا رهن عبدًا قيمته أكثر من الدين، حيث لا تتميز الزيادة من الأصل فيثبت له حبس الكل.

قوله: وَلَا ضَرُورَةَ فِي حَقِّ الضَّمَانِ، لأنَّ بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكنٌ، بأن استعار الراهنُ الرهنَ من المرتَهن علىٰ ما يجيء إن شاء الله تعالىٰ.

وَالْمُرَادُ بِالتَّرَادِّ فِيمَا يُرْوَىٰ حَالَةَ البَيْعِ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّـهُ قَالَ: الْمُرْتَهِنُ أَمِينٌ فِي الفَضْلِ.

قَالَ: (وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُطَالِبَ الرَّاهِنَ بِدَيْنِهِ وَيَحْبِسَهُ بِهِ) ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ بَاقٍ بَعْدَ الرَّهْنِ وَالرَّهْنُ لِزِيَادَةِ الصِّيَانَةِ فَلَا تَمْتَنِعُ بِهِ المُطَالَبَةُ، وَالْحَبْسُ جَزَاءُ الظُّلْمِ، فَإِذَا ظَهَرَ مَطْلُهُ عِنْدَ القَاضِي يَحْبِسُهُ كَمَا بَيَّنَّاهُ عَلَى التَّفْصِيلِ فِيمَا تَقَدَّمَ (وَإِذَا طَلَبَ المُرْتَهِنُ دَيْنَهُ يُؤْمَرُ بِإِحْضَارِ الرَّهْنِ) ؛ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ قَبْضُ اسْتِيفَاءٍ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْبِضَ مَالَهُ مَعَ قِيَامِ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ؛ لِأَنَّـهُ يَتَكَرَّرُ الِاسْتِيفَاءُ عَلَىٰ اعْتِبَارِ الهَلَاكِ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ وَهُوَ مُحْتَمَلٌ (وَإِذَا أُحْضِرَ أُمِرَ الرَّاهِنُ بِتَسْلِيمِ الدَّيْنِ إِلَيْهِ أَوَّلًا) لِيَتَعَيَّنَ حَقُّهُ كَمَا تَعَيَّنَ حَقُّ الرَّاهِنِ تَحْقِيقًا لِلتَّسْوِيَةِ كَمَا فِي تَسْلِيمِ المَبِيعِ وَالثَّمَنِ، يُحْضَرُ المَبِيعُ

قوله: وَالْمُرَادُ بِالتَّرَادِّ فِيمَا يُرْوَىٰ حَالَةَ البَيْعِ، يعني إذا باع المرتَهنُ الرهنَ بإذن الراهن يرد المرتَهن ما زادَ على الدين من ثمنه، وإنَّما حملنا التَّراد علىٰ حالة البيع توفيقًا بين حديثي علي رضي الله تعالىٰ عنه، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْهُ، أي عن عليٍّ رضي الله عنه، وهو ما روىٰ محمد بن الحنفية عن عليِّ بن أبي طالب رضي الله عنهما أنه قال: المرتَهن أمينٌ في الفضل، فقد تبيَّن بِهذه الرواية أنَّه إنَّما أرادَ بالتَّراد التَّراد في حالة البيع لا في حالة الهلاك.

قوله: كَمَا بَيَّنَّاهُ عَلَى التَّفْصِيلِ فِيمَا تَقَدَّمَ، أي في فصل الحبس من كتاب أدب القاضي، وقوله: عَلَى التَّفْصِيلِ، وهو ما فصَّل فيه بقوله: وهذا، أي ترك الحبس إذا ثبت الحق بإقراره، لأنه لم يعرف كونه مماطلًا، وأمَّا إذا ثبتَ بالبينة حبسه كما يثبت لظهور المطل بإنكاره.

ثُمَّ يُسَلِّمُ الثَّمَنُ أَوَّلًا (وَإِنْ طَالَبَهُ بِالدَّيْنِ فِي غَيْرِ البَلَدِ الَّذِي وَقَعَ العَقْدُ فِيهِ، إنْ كَانَ الرَّهْنُ مِمَّا لَا حَمْلَ لَهُ وَلَا مُؤْنَةَ، فَكَذٰلِكَ الجَوَابُ) ؛ لِأَنَّ الأَمَاكِنَ كُلَّهَا فِي حَقِّ التَّسْلِيمِ كَمَكَانٍ وَاحِدٍ فِيمَا لَيْسَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ؛ وَلِهٰذَا لَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الإِيفَاءِ فِيهِ فِي بَابِ السَّلَمِ بِالْإِجْمَاعِ (وَإِنْ كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ يَسْتَوْفِي دَيْنَهُ وَلَا يُكَلَّفُ إحْضَارَ الرَّهْنِ) ؛ لِأَنَّ هٰذَا نَقْلٌ، وَالْوَاجِبُ عَلَيْهِ التَّسْلِيمُ بِمَعْنَى التَّخْلِيَةِ، لَا النَّقْلُ مِنْ مَكَان إلَىٰ مَكَان؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ زِيَادَةَ الضَّرَرِ وَلَمْ يَلْتَزِمْهُ.

(وَلَوْ سَلَّطَ الرَّاهِنُ العَدْلَ عَلَىٰ بَيْعِ المَرْهُونِ فَبَاعَهُ بِنَقْدٍ أَوْ نَسِيئَةٍ جَازَ) لِإِطْلَاقِ الأَمْرِ (فَلَوْ طَالَبَ المُرْتَهِنُ بِالدَّيْنِ لَا يُكَلَّفُ المُرْتَهِنُ إحْضَارَ الرَّهْنِ) ؛ لِأَنَّهُ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى الإِحْضَارِ (وَكَذَا إذَا أَمَرَ المُرْتَهِنُ بِبَيْعِهِ فَبَاعَهُ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ) ؛ لِأَنَّهُ صَارَ دَيْنًا بِالْبَيْعِ بِأَمْرِ الرَّاهِنِ، فَصَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ

قوله: وَإِنْ كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ يَسْتَوْفِي دَيْنَهُ وَلَا يُكَلَّفُ إحْضَارَ الرَّهْنِ، ذكر في بعض الفوائد: ولكن يحلف المرتَهن بالله ما هلك إن طلب الراهن ذلك، لأنَّ الرهن غائبٌ فيحتمل هلاكه، وعلىٰ اعتباره لا يجب قضاء الدين، فإذا حلف المرتَهن قضى الدين.

قوله: فَبَاعَهُ بِنَقْدٍ أَوْ نَسِيئَةٍ جَازَ، لِإِطْلَاقِ الأَمْرِ، قال القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله تعالى: إذا تقدَّم من الرَّاهن ما يدلُّ على النقد بأن قال أنَّ المرتهن يطالبني بدينه ويؤذيني فبعه حتَّىٰ أنجو منه فباعه بالنسيئة لا يجوز، بمنزلة ما لو قال لغيره: بع عبدي فإنِّي أحتاج إلى النفقة.

قوله: فَصَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ رَهَنَهُ وَهُوَ دَيْنٌ، لأنه لمَّا باعه بإذنه صار كأنَّهما تفاسخا

رَهَنَهُ وَهُوَ دَيْنٌ (وَلَوْ قَبَضَهُ يُكَلَّفُ إحْضَارَهُ لِقِيَامِ البَدَلِ مَقَامَ المُبْدَلِ) ؛ لِأَنَّ الَّذِي يَتَوَلَّىٰ قَبْضَ الثَّمَنِ هُوَ المُرْتَهِنُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ العَاقِدُ فَتَرْجِعُ الحُقُوقُ إلَيْهِ، وَكَمَا يُكَلَّفُ إحْضَارَ الرَّهْنِ لِاسْتِيفَاءِ كُلِّ الدَّيْنِ يُكَلَّفُ لِاسْتِيفَاءِ نَجْمٍ قَدْ حَلَّ لِاحْتِمَالِ الهَلَاكِ، ثُمَّ إذَا قَبَضَ الثَّمَنَ يُؤْمَرُ بِإِحْضَارِهِ لِاسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ العَيْنِ، ....

الرهن فصار الثمن رهنًا بتراضيهما ابتداءً، لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن، ألا ترىٰ أنه لو باع الرهنَ بأقلَّ من الدين لا يسقطُ شيء من دين المرتَهن فصار كأنه رهنه ولم يسلم بل وضعه علىٰ يدي عدلٍ، كذا في زيادات قاضي خان، فإن قيل: لو رَهَن الدينَ ابتداءً لا يصحُّ، قلنا: نعم ولكن يبقىٰ حكم الرهن في ثمن المرهون لكونه بدلًا عن المقبوض وهو قد كان صالحا لذلك، ثمَّ يثبت هذا الحكم في خلفه تبعًا لا مقصودًا.

قوله: **إلَّا أَنَّ الَّذِي يَتَوَلَّىٰ قَبْضَ الثَّمَنِ هُوَ المُرْتَهِنُ**، هذا استثناءٌ من قوله: **فَصَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ رَهَنَهُ**، وهو دينٌ علىٰ تقدير إشكالٍ وهو أن يقال: لم يصير كأنَّ الراهن رهنه وهو دينٌ إذ لو كان كذلك لَمَا كان للمرتَهن ولاية قبضه، كما لو كان الرَّهن في يد العدل وله ذلك، فأجابَ رحمه الله تعالىٰ وقال: ولاية القبض له باعتبار أنه عاقدٌ، ويجوز أن يرجع الاستثناء إلىٰ قوله: **وَكَذَا إذَا أَمَرَ المُرْتَهِنُ بِبَيْعِهِ فَبَاعَهُ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ**، لا يكلَّف إحضار الثمن، إلَّا أنَّ ولاية القبض له باعتبار أنه عاقدٌ.

قوله: **يُكَلَّفُ لِاسْتِيفَاءِ نَجْمٍ قَدْ حَلَّ**، هذا إذا ادَّعى الراهنُ هلاك الرَّهن، وأمَّا إذا لم يدع فلا حاجة إلىٰ إحضار الرَّهن إذ لا فائدةَ فيه، وأمَّا إذا قال الراهن: قد توى الرهن وصار المرتَهن مستوفيًا دينه وليس عليَّ شيءٌ من الدين وطلب من القاضي أن يأمره بالإحضار ليظهر حاله بأمره بالإحضار إذا كان في المصر الذي رهنه ولكن لا يسلم إليه

وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إذَا قَتَلَ رَجُلٌ العَبْدَ الرَّهْنَ خَطأً حَتَّىٰ قَضَىٰ بِهِ بِالْقِيمَةِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لَمْ يُجْبَرَ الرَّاهِنُ عَلَىٰ قَضَاءِ الدَّيْنِ حَتَّىٰ يُحْضِرَ كُلَّ القِيمَةِ؛ لِأَنَّ القِيمَةَ خَلَفٌ عَنِ الرَّهْنِ فَلَا بُدَّ مِنْ إحْضَارِ كُلِّهَا كَمَا لَا بُدَّ مِنْ إحْضَارِ كُلِّ عَيْنِ الرَّهْنِ وَمَا صَارَتْ قِيمَةً بِفِعْلِهِ، وَفِيمَا تَقَدَّمَ صَارَ دَيْنًا بِفِعْلِ الرَّاهِنِ فَلِهٰذَا افْتَرَقَا (وَلَوْ وَضَعَ الرَّهْنَ عَلَىٰ يَدِ العَدْلِ وَأُمِرَ أَنْ يُودِعَهُ غَيْرَهُ فَفَعَلَ ثُمَّ جَاءَ المُرْتَهِنُ يَطْلُبُ دَيْنَهُ لَا يُكَلَّفُ إحْضَارَ الرَّهْنِ) ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤْتَمَنْ عَلَيْهِ حَيْثُ وُضِعَ عَلَىٰ يَدِ غَيْرِهِ فَلَمْ يَكُنْ تَسْلِيمُهُ فِي قُدْرَتِهِ (وَلَوْ وَضَعَهُ العَدْلُ فِي يَدِ مَنْ فِي عِيَالِهِ وَغَابَ وَطَلَبَ المُرْتَهِنُ دَيْنَهُ وَالَّذِي فِي يَدِهِ يَقُولُ أَوْدَعَنِي فُلَانٌ وَلَا أَدْرِي لِمَنْ هُوَ، يُجْبَرُ الرَّاهِنُ عَلَىٰ قَضَاءِ الدَّيْنِ) ؛ لِأَنَّ إحْضَارَ الرَّهْنِ لَيْسَ عَلَى

حتَّىٰ يقبض جميع الدين.

قوله: وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إذَا قَتَلَ رَجُلٌ العَبْدَ الرَّهْنَ خَطأً، أي باع العدلَ أو المرتَهن الرَّهن بإذن الرَّاهن، بِخِلَافِ مَا إذَا قَتَلَ رَجُلٌ العَبْدَ الرَّهْنَ خَطأً، حيث يجبَر الراهن علىٰ قضاء الدين في البيع إذا طالبه المرتَهن، ولا يكلَّف إحضار الرَّهن قبل قبض الثمن لأنَّ الرهنَ صار دينًا بالبيع بأمر الرَّاهن، وفي صورة القتل لا يجبَر الرَّاهن علىٰ قضاء الدين حتَّىٰ يحضر كل القيمة لأنَّه ما صارت قيمةً بفعل الرَّاهن.

قوله: وَفِيمَا تَقَدَّمَ، أي فيما إذا باعَ العدل أو المرتَهن.

قوله: وَأُمِرَ أَنْ يُودِعَهُ غَيْرَهُ، في الإيضاح: وضعه العدل عند غيره وديعةً أو كان في يده.

الْمُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ شَيْئًا. (وَكَذَٰلِكَ إِذَا غَابَ الْعَدْلُ بِالرَّهْنِ وَلَا يُدْرَىٰ أَيْنَ هُوَ) لِمَا قُلْنَا (وَلَوْ أَنَّ الَّذِي أَوْدَعَهُ الْعَدْلُ جَحَدَ الرَّهْنَ وَقَالَ هُوَ مَالِي لَمْ يَرْجِعِ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الرَّاهِنِ بِشَيْءٍ حَتَّىٰ يَثْبُتَ كَوْنُهُ رَهْنًا) ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَحَدَ الرَّهْنَ فَقَدْ تَوَى الْمَالُ وَالتَّوَىٰ عَلَى الْمُرْتَهِنِ فَيَتَحَقَّقُ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ وَلَا يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُمَكِّنَهُ مِنَ الْبَيْعِ حَتَّىٰ يَقْضِيَهُ الدَّيْنَ) ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ الْحَبْسُ الدَّائِمُ إِلَىٰ أَنْ يَقْضِيَ الدَّيْنَ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ (وَلَوْ قَضَاهُ الْبَعْضَ فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ كُلَّ الرَّهْنِ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الْبَقِيَّةَ) اعْتِبَارًا بِحَبْسِ الْمَبِيعِ (فَإِذَا قَضَاهُ الدَّيْنَ قِيلَ لَهُ سَلِّمِ الرَّهْنَ إِلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ زَالَ الْمَانِعُ مِنَ التَّسْلِيمِ لِوُصُولِ الْحَقِّ إِلَىٰ مُسْتَحِقِّهِ (فَلَوْ هَلَكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ اسْتَرَدَّ الرَّاهِنُ مَا قَضَاهُ) ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُسْتَوْفِيًا عِنْدَ الْهَلَاكِ بِالْقَبْضِ السَّابِقِ، فَكَانَ الثَّانِي اسْتِيفَاءً بَعْدَ اسْتِيفَاءٍ فَيَجِبُ رَدُّهُ (وَكَذَٰلِكَ لَوْ تَفَاسَخَا الرَّهْنَ لَهُ حَبْسُهُ مَا لَمْ يَقْبِضِ الدَّيْنَ أَوْ يُبْرِئْهُ، وَلَا يَبْطُلُ الرَّهْنُ إِلَّا بِالرَّدِّ عَلَىٰ الرَّاهِنِ عَلَىٰ وَجْهِ الْفَسْخِ)؛ لِأَنَّهُ يَبْقَىٰ مَضْمُونًا مَا

قوله: لِمَا قُلْنَا، إشارة إلىٰ قوله: لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ شَيْئًا.

قوله: إِلَّا بِالرَّدِّ عَلَىٰ الرَّاهِنِ عَلَىٰ وَجْهِ الْفَسْخِ، قيَّد به لأنه لو ردَّه على الراهن علىٰ وجه العارية لا يبطل الرهن.

قوله: لِأَنَّهُ يَبْقَىٰ مَضْمُونًا مَا بَقِيَ الْقَبْضُ وَالدَّيْنُ، وفي المبسوط: اختلف المشايخ

بَقِيَ القَبْضُ وَالدَّيْنُ (وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ سَقَطَ الدَّيْنُ إِذَا كَانَ بِهِ وَفَاءٌ بِالدَّيْنِ) لِبَقَاءِ الرَّهْنِ (وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِالرَّهْنِ لَا بِاسْتِخْدَامٍ، وَلَا بِسُكْنَىٰ وَلَا لُبْسٍ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ المَالِكُ) ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الحَبْسِ دُونَ الِانْتِفَاعِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ إِلَّا بِتَسْلِيطٍ مِنَ الرَّاهِنِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ وَيُعِيرَ) ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ الِانْتِفَاعِ بِنَفْسِهِ فَلَا يَمْلِكُ تَسْلِيطَ غَيْرِهِ عَلَيْهِ، فَإِنْ فَعَلَ كَانَ مُتَعَدِّيًا، وَلَا يَبْطُلُ عَقْدُ الرَّهْنِ بِالتَّعَدِّي.

قَالَ: (وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْفَظَ الرَّهْنَ بِنَفْسِهِ وَزَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ وَخَادِمِهِ الَّذِي فِي عِيَالِهِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: مَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الوَلَدُ فِي عِيَالِهِ أَيْضًا،

رحمهم الله تعالىٰ أنه لِمَا ذا لا ينفسخ بمجرَّد الفسخ؟ منهم من قال: لأنَّ الرهنَ يثبت بالعقد والقبض جميعًا، إلا أنَّ هذا يشكل بالهبة والبيع الفاسد فإنه يثبت الفسخ فيهما من غير نقض القبض وإن كان لا يثبتُ إلا بالعقد والقبض جميعًا، ومنهم من قال: إنَّما لا يحتمل الفسخُ الردَّ بمجرَّد القول قبل الردِّ لأنَّ حكمه قبل الهلاك ثبوت يد الاستيفاء في حقِّ الحبس فيعتبر باليد الثابتة بحقيقة الاستيفاء في حقِّ الحبس والملك، وحقيقة الاستيفاء لا ينتقض بمجرَّد القول دون الردِّ لأنَّ فعلهما مخالفٌ لقولهما والقولُ متىٰ خالفَ الفعل لا يعتبر، كالسلطان إذا أكره رجلًا بالإقرار بالحبس ثمَّ قال: لا أحبسكَ، إن شئتَ فأقرَّ وإن شئتَ فلا تقرَّ وهو حابسٌ له في الحال، فهذا القولُ من السلطان غير معتبَرٍ، لأنه يخالف فعله حتى يكون مكرهًا في إقراره.

قوله: قَالَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ: مَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الوَلَدُ فِي عِيَالِهِ أَيْضًا، في وديعة الذخيرة: وذكر محمد رحمه الله تعالىٰ من جملة من في عياله زوجته وولده وأجيره الخاص الذي استأجره مشاهرةً أو مساتَهةً لا مياومةً، ثمَّ ذكر: والحاصلُ أنَّ العبرة في هذا الباب

وَهٰذَا؛ لِأَنَّ عَيْنَهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَالْوَدِيعَةِ (وَإِنْ حَفِظَهُ بِغَيْرِ مَنْ فِي عِيَالِهِ أَوْ أَوْدَعَهُ ضَمِنَ) هَلْ يَضْمَنُ الثَّانِي فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ، وَقَدْ بَيَّنَّا جَمِيعَ ذٰلِكَ بِدَلَائِلِهِ فِي الوَدِيعَةِ (وَإِذَا تَعَدَّى المُرْتَهِنُ فِي الرَّهْنِ ضَمِنَهُ ضَمَانَ الغَصْبِ بِجَمِيعِ قِيمَتِهِ) ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَىٰ مِقْدَارِ الدَّيْنِ أَمَانَةٌ، وَالْأَمَانَاتُ تُضْمَنُ بِالتَّعَدِّي (وَلَوْ رَهَنَهُ خَاتَمًا فَجَعَلَهُ فِي خِنْصِرِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ) ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ بِالِاسْتِعْمَالِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ، وَإِنَّمَا الإِذْنُ بِالْحِفْظِ وَالْيُمْنَىٰ وَالْيُسْرَىٰ فِي ذٰلِكَ سَوَاءٌ؛ لِأَنَّ العَادَةَ فِيهِ مُخْتَلِفَةٌ (وَلَوْ جَعَلَهُ فِي بَقِيَّةِ الأَصَابِعِ كَانَ رَهْنًا بِمَا فِيهِ) ؛ لِأَنَّهُ لَا يُلْبَسُ كَذٰلِكَ عَادَةً فَكَانَ مِنْ بَابِ الحِفْظِ، وَكَذَا الطَّيْلَسَانُ إِنْ لَبِسَهُ لُبْسًا مُعْتَادًا ضَمِنَ، وَإِنْ وَضَعَهُ عَلَىٰ عَاتِقِهِ لَمْ يَضْمَنْ (وَلَوْ رَهَنَهُ سَيْفَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً فَتَقَلَّدَهَا لَمْ يَضْمَنْ فِي الثَّلَاثَةِ وَضَمِنَ فِي السَّيْفَيْنِ) ؛ لِأَنَّ العَادَةَ جَرَتْ بَيْنَ الشُّجْعَانِ بِتَقَلُّدِ السَّيْفَيْنِ فِي الحَرْبِ وَلَمْ تَجْرِ بِتَقَلُّدِ الثَّلَاثَةِ، وَإِنْ لَبِسَ خَاتَمًا فَوْقَ خَاتَمٍ، إِنْ كَانَ هُوَ مِمَّنْ يَتَجَمَّلُ بِلُبْسِ خَاتَمَيْنِ ضَمِنَ، وَإِنْ

للمساكنة ولا عبرةَ للنفقة، ألا ترىٰ أنَّ المرأةَ إذا أَوْدَعت وديعةً فدفعت الوديعة إلىٰ زوجها لا يضمن وإن لم يكن الزوج في نفقتها لأنَّهما يسكنان معًا، ألا ترىٰ أنَّ الابن الكبير إذا كان ساكنًا مع المودع ولم يكن نفقته عليه فخرج المودع عن المنزل وترك المنزل على الابن فإنه لا يضمن، فعُلِمَ أنَّ العبرة لما قلنا.

قوله: فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ، يعني الاختلاف المعروف في المودع إذا أَوْدَعَ هل يضمن الثاني؟ فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ يضمن، وعندهما لا يضمن.

كَانَ لَا يَتَجَمَّلُ بِذٰلِكَ فَهُوَ حَافِظٌ فَلَا يَضْمَنُ.

قَالَ: (وَأُجْرَةُ البَيْتِ الَّذِي يُحْفَظُ فِيهِ الرَّهْنُ عَلَى المُرْتَهِنِ وَكَذٰلِكَ أُجْرَةُ الحَافِظِ وَأُجْرَةُ الرَّاعِي وَنَفَقَةُ الرَّهْنِ عَلَىٰ الرَّاهِنِ) وَالْأَصْلُ أَنَّ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَصْلَحَةِ الرَّهْنِ وَتَبْقِيَتِهِ فَهُوَ عَلَى الرَّاهِنِ سَوَاءٌ كَانَ فِي الرَّهْنِ فَضْلٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ؛ لِأَنَّ العَيْنَ بَاقٍ عَلَىٰ مِلْكِهِ، وَكَذٰلِكَ مَنَافِعُهُ مَمْلُوكَةٌ لَهُ فَيَكُونُ إِصْلَاحُهُ وَتَبْقِيَتُهُ عَلَيْهِ لِمَا أَنَّهُ مُؤْنَةُ مِلْكِهِ كَمَا فِي الوَدِيعَةِ، وَذٰلِكَ مِثْلُ النَّفَقَةِ فِي مَأْكَلِهِ وَمَشْرَبِهِ، وَأُجْرَةُ الرَّاعِي فِي مَعْنَاهُ؛ لِأَنَّهُ عَلَفُ

قوله: وَالْأَصْلُ أَنَّ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَصْلَحَةِ الرَّهْنِ، أي غير مصلحة الحفظ مثل تلقيح النخيل وتسديته وسقيه مرَّة بعد الأخرىٰ.

قوله: وَكَذٰلِكَ مَنَافِعُهُ مَمْلُوكَةٌ لَهُ، أي الأولاد والثَّمرات وسائر ما ينمو مثل الصوف والشعر وما نبتَ من الأشجار في الأرض المرهونة وسائر منافعه، يريدُ به أنَّ العين باقٍ علىٰ ملكه حقيقةً وكذا حكمًا لأنَّ منافعه مملوكةٌ له، بخلاف المستعير والموصىٰ له بالخدمة فإنَّ النفقةَ عليهما، لأنَّهما نزلا بمنزلة المالك بملك المنفعة والمرتَهن لم يملكها مطلقًا، لأنه وإن ملك حبسَها وفيه منفعة إضجار الرَّاهن ليتسارع إلىٰ قضاء الدين، إلا أنَّ منفعة قضاء الدين مشتَركٌ بينهما فلم ينزل منزلة المالك.

قوله: وَأُجْرَةُ الرَّاعِي فِي مَعْنَاهُ، أي معنى الإنفاق في المأكل والمشارب، لِأَنَّهُ عَلَفُ الحَيَوَانِ، أي الأجيرُ سبب علف الحيوان لأنه يوصل إليه فأطلَق اسم السبب على المسبب، وقيل: إنه راجع إلى الراعي، فإن قيل: كما أنَّ الراعي يسوق الدابة إلى العلف فكذلك يحفظها أيضًا، والحفظُ على المرتَهن وإن كان العلف على الراهن، ألا ترىٰ أنَّ

الْحَيَوَانِ، وَمِنْ هٰذَا الجِنْسِ كِسْوَةُ الرَّقِيقِ وَأُجْرَةُ ظِئْرِ وَلَدِ الرَّهْنِ، وَسَقْيُ البُسْتَانِ، وَكَرْيُ النَّهْرِ وَتَلْقِيحُ نَخِيلِهِ وَجُذَاذُهُ، وَالْقِيَامُ بِمَصَالِحِهِ، وَكُلُّ مَا كَانَ لِحِفْظِهِ أَوْ لِرَدِّهِ إِلَىٰ يَدِ الْمُرْتَهِنِ أَوْ لِرَدِّ جُزْءٍ مِنْهُ فَهُوَ عَلَىٰ الْمُرْتَهِنِ مِثْلُ أُجْرَةِ الحَافِظِ؛ لِأَنَّ الإِمْسَاكَ حَقٌّ لَهُ وَالْحِفْظُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فَيَكُونُ بَدَلُهُ عَلَيْهِ، وَكَذٰلِكَ أُجْرَةُ البَيْتِ الَّذِي يُحْفَظُ الرَّهْنُ فِيهِ، وَهٰذَا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ كِرَاءَ المَأْوَىٰ عَلَى الرَّاهِنِ بِمَنْزِلَةِ

أجرَ المربط الذي يأوي إليه الرهن على المرتَهن فيجبُ أن يكون الأجر عليهما نصفين؟ قلنا: الراعي للإعلاف لا للحفظ، ألا ترىٰ أنَّ السارق من المرعىٰ لا يقطعُ ومن المراح يقطعُ لأنَّ الحفظَ تبعٌ والأجرُ بإزاء الأصل كالثمن يقابل الرقبة دون الأطراف.

قوله: **وَمِنْ هٰذَا الجِنْسِ كِسْوَةُ الرَّقِيقِ**، أي من جنسٍ ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته.

قوله: **وَكُلُّ مَا كَانَ لِحِفْظِهِ أَوْ لِرَدِّهِ**، أي الحفظ إذا كان للردِّ إلى الراهن فمؤنته على المرتَهن، لأنَّ الحفظ واجبٌ عليه، ولهذا لو شرط الراهن شيئًا للمرتَهن على الحفظ لا يقعُ ولا يستحقه، بخلاف الوديعة فإنَّ المودعَ إذا شرطَ شيئًا على الحفظ يصحُّ.

قوله: **لِرَدِّهِ عَلَىٰ يَدِ الرَّاهِنِ**، وفي بعض النسخ: **إِلَىٰ يَدِ المُرْتَهِنِ**، ووجهه أنَّه أَبَقَ العبد المرهون فردَّه إنسانٌ إلى المرتَهن فالجعلُ عليه.

قوله: **أَوْ لِرَدِّ جُزْءٍ مِنْهُ**، بأن يبيضَّ عينَ الرهن أو يحدث به مرضٌ آخر فالمداواة على المرتَهن، لأنَّ ردَّ كل الرهن واجبٌ على المرتَهن فكذلك جزؤه، وفي المداواة حفظ الجزء للردِّ فيكون على المرتَهن كما في الكلِّ.

النَّفَقَةِ؛ لِأَنَّـهُ سَعَىٰ فِي تَبْقِيَتِهِ، وَمِنْ هٰذَا القِسْمِ جُعْلُ الآبِقِ فَإِنَّهُ عَلَىٰ المُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّـهُ مُحْتَاجٌ إِلَىٰ إِعَادَةِ الِاسْتِيفَاءِ الَّتِي كَانَتْ لَهُ لِيَرُدَّهُ فَكَانَتْ مُؤْنَةُ الرَّدِّ فَيَلْزَمُهُ، وَهٰذَا إِذَا كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ وَالدَّيْنِ سَوَاءً، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ فَعَلَيْهِ بِقَدْرِ المَضْمُونِ وَعَلَى الرَّاهِنِ بِقَدْرِ الزِّيَادَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّـهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ وَالرَّدُّ لِإِعَادَةِ اليَدِ، وَيَدُهُ فِي الزِّيَادَةِ يَدُ المَالِكِ إِذْ هُوَ كَالْمُودِعِ فِيهَا فَلِهٰذَا يَكُونُ عَلَى المَالِكِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ أُجْرَةِ البَيْتِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فَإِنَّ كُلَّهَا تَجِبُ عَلَى المُرْتَهِنِ، وَإِنْ كَانَ فِي قِيمَةِ الرَّهْنِ فَضْلٌ؛ لِأَنَّ وُجُوبَ ذٰلِكَ بِسَبَبِ الحَبْسِ، وَحَقُّ الحَبْسِ فِي الكُلِّ ثَابِتٌ لَهُ فَأَمَّا الجُعْلُ إِنَّمَا يَلْزَمُهُ لِأَجْلِ الضَّمَانِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ المَضْمُونِ (وَمُدَاوَاةُ الجِرَاحَةِ وَالْقُرُوحِ وَمُعَالَجَةُ الأَمْرَاضِ وَالْفِدَاءُ مِنَ الجِنَايَةِ تَنْقَسِمُ عَلَى المَضْمُونِ وَالْأَمَانَةِ، وَالْخَرَاجُ عَلَى الرَّاهِنِ خَاصَّةً)؛ لِأَنَّـهُ مِنْ مُؤَنِ المِلْكِ، (وَالْعُشْرُ فِيمَا يَخْرُجُ مُقَدَّمٌ عَلَىٰ حَقِّ المُرْتَهِنِ)

قوله: وَمِنْ هٰذَا القِسْمِ جُعْلُ الآبِقِ، أي من القسم الذي يجب مؤنته على المرتَهن.

قوله: إِنَّمَا يَلْزَمُهُ لِأَجْلِ الضَّمَانِ، أي لأجل أنَّ الرهن مضمونٌ على المرتَهن ماليةً فيتقدَّرُ بقدر المضمون، لأنَّ جعل الآبق لإعادة اليد ويده في قدر الأمانة يد المالك فكانت مؤنة إعادتِها على المالك فيتقدَّر الواجب عليه بقدر ما يكون مضمونًا عليه، بخلاف أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن لأنَّ ذلك مؤنة حفظ الرهن بحبسه وإمساكه عن الأيدي المتعرِّضة، وحبس الجميع وإمساك الجميع حقُّ المرتَهن، ولهذا كان له حبس الكلِّ ما بقي جزء من الدين.

لِتَعَلُّقِهِ بِالْعَيْنِ وَلَا يَبْطُلُ الرَّهْنُ فِي البَاقِي؛ لِأَنَّ وُجُوبَهُ لَا يُنَافِي مِلْكَهُ، بِخِلَافِ الِاسْتِحْقَاقِ، (وَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا مِمَّا وَجَبَ عَلَىٰ صَاحِبِهِ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ، وَمَا أَنْفَقَ أَحَدُهُمَا مِمَّا يَجِبُ عَلَى الآخَرِ بِأَمْرِ القَاضِي رَجَعَ

قوله: لِتَعَلُّقِهِ بِالْعَيْنِ، يعني تعلُّق العشر بالعين والمالية جميعًا وتعلُّق حقِّ المرتَهن بالمالية دون العين فكان العشر مقدمًا علىٰ حقِّ المرتَهن لقوَّته، ثمَّ لا يبطل الرهن لوجوب العشر وإن كان يتضمَّن شيوع الرهن ظاهرًا لأنَّ وجوب العشر لا ينافي ملك المالك في المحل، لأنَّ ملك الفقير لا يثبت في العشر قبل الأخذ فعُلِمَ أنَّ بوجوب العشر لا يخرج قدر الواجب من ملك المالك، ولا يلزم من ذلك شيوع الرهن حقيقةً فلا يبطل، بخلاف الاستحقاق لأنَّ قدر المستحقِّ يخرج من ملك المستحقِّ عليه ويلزم من ذلك شيوع الرهن.

قوله: وَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا مِمَّا وَجَبَ عَلَىٰ صَاحِبِهِ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ، لأنه قضىٰ دينَ غيره بغير أمره، وهو غير مضطرٍّ فيه، لأنه يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمر صاحبه بالأداء أو الإنفاق إن كان حاضرًا، وإن كان غائبًا يأمر الحافظ بالإنفاق ليرجع عليه، وفي الذخيرة: وما أنفق المرتَهن على الرهن والراهن غائبٌ فهو منه تطوُّعٌ، فإن أمره القاضي أن ينفق عليه ويجعله دينًا على الراهن فهو دينٌ عليه، ثمَّ قال: فقد أشار إلىٰ أنه بمجرَّد أمر القاضي لا تصير النفقة دينًا على الراهن حيث قال: ويجعله القاضي دينًا عليه، قال شمس الأئمة: وهكذا يقول في كتاب اللقيط، وأكثر مشايخنا علىٰ أنه لا بُدَّ من التنصيص علىٰ أن يكون دينًا على الراهن، أمَّا بمجرد الأمر بالإنفاق فلا يصير دينًا بالإنفاق، وهذا لأنَّ أمر القاضي في هذا الموضع ما كان لإلزام المأمور شيئًا فإنه لا يلزم بالإنفاق، لأنَّ الأمرَ بذلك مترَدِّدٌ بين الأمر بالإنفاق حسبةً وبين الأمر بالإنفاق ليكون دينًا عليه، فعند الإطلاق لا يثبت إلَّا أدناهما فلا يثبتُ دينًا عليه إلَّا بالتنصيص، وهذا بخلاف صاحب العلو إذا بنى السفل حيث يرجعُ علىٰ صاحب السفل وإن كان بغير أمر القاضي لأنه مضطرٌّ فيه، لأنَّ

عَلَيْهِ) كَأَنَّ صَاحِبَهُ أَمَرَهُ بِهِ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ القَاضِي عَامَّةٌ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِذَا كَانَ صَاحِبُهُ حَاضِرًا وَإِنْ كَانَ بِأَمْرِ القَاضِي وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ إِنَّهُ يَرْجِعُ فِي الوَجْهَيْنِ، وَهِيَ فَرْعُ مَسْأَلَةِ الحَجْرِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

القاضي لا يجبَر صاحب السفل على البناء، وبخلاف معير الرهن لأنه مضطرٌّ في تخليص ملكه، ولو أجبَر القاضيْ المستعير علىٰ أداء الدين رُبَّما يقدر ورُبَّما لا يقدر.

قوله: وَهِيَ فَرْعُ مَسْأَلَةِ الحَجْرِ، فمذهبُ أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّ القاضي لا يلي على الحاضر، وعندهما يلي عليه، كذا في الإيضاح، يعني عندَ أبي حنيفة لو نفذَ عليه أمر القاضي حال حضوره يصير محجورًا عليه ولا يملك حجره، بخلاف حال غيبته فإنَّ فيه ضرورة، وعندهما يملك الحجر فينفذُ حال حضرته وغيبته، والله أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ مَا يَجُوزُ ارْتِهَانُهُ وَالِارْتِهَانُ بِهِ وَمَا لَا يَجُوزُ

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ رَهْنُ الْمُشَاعِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ، وَلَنَا فِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا يَبْتَنِي عَلَىٰ حُكْمِ الرَّهْنِ، فَإِنَّهُ عِنْدَنَا ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ، وَهٰذَا لَا يُتَصَوَّرُ فِيمَا يَتَنَاوَلُهُ العَقْدُ وَهُوَ الْمُشَاعُ وَعِنْدَهُ الْمُشَاعُ يَقْبَلُ مَا هُوَ الحُكْمُ عِنْدَهُ وَهُوَ تَعَيُّنُهُ لِلْبَيْعِ وَالثَّانِي أَنَّ مُوجِبَ الرَّهْنِ هُوَ الحَبْسُ

باب ما يجوز ارتِهانه والارتِهان به وما لا يجوز

قوله: وَهٰذَا - أي ثبوت يد الاستيفاء - **لَا يُتَصَوَّرُ فِيمَا يَتَنَاوَلُهُ العَقْدُ وَهُوَ المُشَاعُ**، فإن قيل: كيف يستقيم هذا والشيوعُ لا يمنع الاستيفاء حقيقةً، فإنَّ من كان له علىٰ غيره عشرةٌ فدفعَ إليه المديونُ كيسًا فيه عشرون درهمًا ليستوفَىٰ منه حقَّه يصير مستوفيًا حقَّه من النصف شائعًا، وإذا لم يمنع الشيوع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنعُ ثبوت يد الاستيفاء؟ قلنا: موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى والشيوعُ لا يمنع الملك، وموجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء فقط وذا لا يتحقَّقُ في الجزء الشائع، فإن قيل: اليد الحقيقية غير معتبَرةٍ فإنَّ الرهن يتمُّ بالتخلية؟ قلنا: الأصلُ أن تعتبَر الحقيقية لأنَّ الرهن عبارةٌ عن الحبس فيجب إثبات الحبس بأقصىٰ ما يتصوَّر وهو الحقيقيُّ، إلا أنَّ التمكُّن من الحبس أقيمَ مقامه فلا بُدَّ من إثبات التمكُّن، والتمكُّن من إثبات اليد حقيقةً غير ثابت في الشائع فلم تكن التخلية تمكينًا.

الدَّائِمُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُشْرَعْ إِلَّا مَقْبُوضًا بِالنَّصِّ، أَوْ بِالنَّظَرِ إِلَى المَقْصُودِ مِنْهُ وَهُوَ الِاسْتِيثَاقُ مِنَ الوَجْهِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ، وَكُلُّ ذٰلِكَ يَتَعَلَّقُ بِالدَّوَامِ، وَلَا يُفْضِي إِلَيْهِ إِلَّا اسْتِحْقَاقُ الحَبْسِ، وَلَوْ جَوَّزْنَاهُ فِي المُشَاعِ يَفُوتُ الدَّوَامُ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ المُهَايَأَةِ فَيَصِيرُ كَمَا إِذَا قَالَ رَهَنْتُكَ يَوْمًا وَيَوْمًا لَا، وَلِهٰذَا لَا يَجُوزُ فِيمَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ وَمَا لَا يَحْتَمِلُهَا، بِخِلَافِ الهِبَةِ حَيْثُ يَجُوزُ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ؛ لِأَنَّ المَانِعَ فِي الهِبَةِ غَرَامَةُ القِسْمَةِ وَهُوَ فِيمَا يُقَسَّمُ، أَمَّا حُكْمُ الهِبَةِ المِلْكُ وَالْمُشَاعُ يَقْبَلُهُ، وَهَا هُنَا الحُكْمُ

قوله: لَمْ يُشْرَعْ إِلَّا مَقْبُوضًا بِالنَّصِّ، وهو قوله تعالىٰ: ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

قوله: مِنَ الوَجْهِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ، وهو صيانة حقِّ المرتَهن عن التوىٰ بالجحود وإضجار الرهن ليسارع إلىٰ قضاء الدين.

قوله: وَكُلُّ ذٰلِكَ - أي القبض والاستيثاق - يَتَعَلَّقُ بِالدَّوَامِ، وَلَا يُفْضِي إِلَيْهِ، أي إلى الدوام.

قوله: وَلِهٰذَا لَا يَجُوزُ فِيمَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ وَمَا لَا يَحْتَمِلُهَا، أي للوجه الأوّل وهو أنَّ حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء وهو ينافي حكم الرهن فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها، لأنَّ ما ذكرنا من المعنىٰ وهو عدم قبول المشاع حكم الرهن لا يفصل، بخلاف الهبة لأنَّ المانعَ من جوازها ضرر جبر الواهب على القسمة من غير التزامٍ وذلك مخصوصٌ بما يقبل القسمة، ولذا سوَّينا بين رهن المشاع من شريكه وغيره على هذا الوجه، وهو الوجه الأوَّل، وعلى الوجه الثاني أيضًا لا يجوز من شريكه لأنه يفوت دوام الحبس بحكم الرهن

ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ وَالْمُشَاعُ لَا يَقْبَلُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، وَلَا يَجُوزُ مِنْ شَرِيكِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ حُكْمُهُ عَلَى الوَجْهِ الأَوَّلِ وَعَلَى الوَجْهِ الثَّانِي يَسْكُنُ يَوْمًا بِحُكْمِ المِلْكِ وَيَوْمًا بِحُكْمِ الرَّهْنِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ رَهَنَ يَوْمًا وَيَوْمًا لَا وَالشُّيُوعُ الطَّارِئُ يَمْنَعُ بَقَاءَ الرَّهْنِ فِي رِوَايَةِ الأَصْلِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ؛ لِأَنَّ حُكْمَ البَقَاءِ أَسْهَلُ مِنْ حُكْمِ الِابْتِدَاءِ

فيصير كأنه رهن يومًا ويومًا لا، وقوله: **يَسْكُنُ يَوْمًا بِحُكْمِ المِلْكِ وَيَوْمًا بِحُكْمِ الرَّهْنِ**، أرادَ به الحبس بحكم الرهن لا أنه يسكن لأنه ممنوعٌ عن الانتفاع بالرَّهن.

قوله: وَالشُّيُوعُ الطَّارِئُ - بأن رَهَن جميع العين ثمَّ تفاسخا العقد في النصف وردَّه المرتَهن - **يَمْنَعُ بَقَاءَ الرَّهْنِ** - أي في النصف الثاني - **فِي رِوَايَةِ الأَصْلِ**، وهو الصحيح، حتَّىٰ قالوا في العدل: إذا سلط علىٰ بيع الرهن كيفَ شاءَ فباع نصفه يبطل الرهن في النصف الباقي للشيوع الطارئ، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: أنَّ الشيوع الطارئ لا يمنعُ بقاء حكم الرهن كما لا يمنع بقاء الهبة، لأنَّ البقاء أسهل من الابتداء، ألا ترىٰ أنَّ صيرورة المرهون في ذمة غير المرتَهن تمنعُ ابتداء الرهن ولا تمنع بقاءه، حتَّىٰ إذا أتْلَفَ المرهون إنسانٌ أو بيع المرهون بثمن تكون القيمة أو الثمن رهنًا في ذمة من عليه، وابتداء عقد الرهن مضافًا إلىٰ دين في الذمة لا يجوز، وجه رواية الأصل أنَّ الكلام وقعَ في المحل وما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء سواءٌ، كالمحرمية في النكاح، فإن قيل: إذا زوَّج الأب ابنته من مكاتبه جاز ولا يبطل بموت الأب، وإن تزوجت مكاتبها ابتداءً لا يجوز؟ قلنا: لأنَّ المكاتب لا يملك بسبب من أسباب الملك فكذا بالوراثة، وفيما إذا تزوَّجت مكاتبها إنَّما لا يجوز لأنَّ الملك ثابتٌ لها من وجهٍ ونكاح المملوك من وجهٍ أو من كل وجهٍ لا يجوز، بخلاف الهبة، لأنَّ المشاع يقبل حكمها وهو الملك، واعتبار القبض في الابتداء لنفي

فَأَشْبَهَ الهِبَةَ، وَجْهُ الأَوَّلِ: أَنَّ الِامْتِنَاعَ لِعَدَمِ المَحَلِّيَّةِ وَمَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ، فَالِابْتِدَاءُ وَالْبَقَاءُ سَوَاءٌ كَالْمَحْرَمِيَّةِ فِي بَابِ النِّكَاحِ، بِخِلَافِ الهِبَةِ؛ لِأَنَّ المُشَاعَ يَقْبَلُ حُكْمَهَا وَهُوَ المِلْكُ، وَاعْتِبَارُ القَبْضِ فِي الِابْتِدَاءِ لِنَفْيِ الغَرَامَةِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى اعْتِبَارِهِ فِي حَالَةِ البَقَاءِ وَلِهٰذَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِي بَعْضِ الهِبَةِ، وَلَا يَجُوزُ فَسْخُ العَقْدِ فِي بَعْضِ الرَّهْنِ.

قَالَ: (وَلَا رَهْنُ ثَمَرَةٍ عَلَىٰ رُءُوسِ النَّخِيلِ، وَلَا زَرْعِ الأَرْضِ دُونَ الأَرْضِ، وَلَا رَهْنُ النَّخِيلِ فِي الأَرْضِ دُونَهَا) ؛ لِأَنَّ المَرْهُونَ مُتَّصِلٌ بِمَا لَيْسَ بِمَرْهُونٍ خِلْقَةً فَكَانَ فِي مَعْنَىٰ الشَّائِعِ (وَكَذَا إِذَا رَهَنَ الأَرْضَ دُونَ النَّخِيلِ أَوْ دُونَ الزَّرْعِ أَوِ النَّخِيلِ دُونَ الثَّمَرِ) ؛ لِأَنَّ الِاتِّصَالَ يَقُومُ بِالطَّرَفَيْنِ، فَصَارَ الأَصْلُ أَنَّ المَرْهُونَ إِذَا كَانَ مُتَّصِلًا بِمَا لَيْسَ بِمَرْهُونٍ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ قَبْضُ المَرْهُونِ وَحْدَهُ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ رَهْنَ الأَرْضِ بِدُونِ الشَّجَرِ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ الشَّجَرَ اسْمٌ لِلنَّابِتِ فَيَكُونُ اسْتِثْنَاءُ الأَشْجَارِ بِمَوَاضِعِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَهَنَ الدَّارَ دُونَ

الغرامة علىٰ ما بيَّنا، أي في كتاب الهبة وهو قوله في إثبات الملك قبل القبض: إلزام المتبرِّع شيئًا لم يتبرَع به وهو التسليم، ولا حاجة إلى اعتباره في حالة البقاء، ولهذا يصحُّ الرجوع في بعض الهبة، ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرَّهن.

قوله: لِأَنَّ الشَّجَرَ اسْمٌ لِلنَّابِتِ، ولهذا سُمِّيَ بعد القطع جذعًا لا شجرًا فكان استثناءً للمنبت فكان رهنًا لِمَا سوى المنبت من الأرض، وذلك جائزٌ، بخلاف رهن الأرض دون

البِنَاءِ؛ لِأَنَّ البِنَاءَ اسْمٌ لِلْمَبْنَىٰ فَيَصِيرُ رَاهِنًا جَمِيعَ الأَرْضِ وَهِيَ مَشْغُولَةٌ بِمِلْكِ الرَّاهِنِ (وَلَوْ رَهَنَ النَّخِيلَ بِمَوَاضِعِهَا جَازَ)؛ لِأَنَّ هٰذِهِ مُجَاوِرَةٌ وَهِيَ لَا تَمْنَعُ الصِّحَّةَ (وَلَوْ كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ يَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ)؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِاتِّصَالِهِ بِهِ فَيَدْخُلُ تبَعًا تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ بَيْعَ النَّخِيلِ بِدُونِ الثَّمَرِ جَائِزٌ، وَلَا ضَرُورَةَ إِلَىٰ إِدْخَالِهِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ، وَبِخِلَافِ المَتَاعِ فِي الدَّارِ حَيْثُ لَا يَدْخُلُ فِي رَهْنِ الدَّارِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَابِعٍ بِوَجْهٍ مَا، وَكَذَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالرَّطْبَةُ فِي رَهْنِ الأَرْضِ وَلَا يَدْخُلُ فِي البَيْعِ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الثَّمَرَةِ (وَيَدْخُلُ البِنَاءُ وَالْغَرْسُ فِي رَهْنِ الأَرْضِ وَالدَّارِ وَالْقَرْيَةِ) لِمَا ذَكَرْنَا (وَلَوْ رَهَنَ الدَّارَ بِمَا فِيهَا جَازَ وَلَوِ اسْتَحَقَّ بَعْضَهُ، إِنْ كَانَ البَاقِي يَجُوزُ ابْتِدَاءُ الرَّهْنِ عَلَيْهِ وَحْدَهُ بَقِيَ رَهْنًا بِحِصَّتِهِ وَإِلَّا بَطَلَ كُلُّهُ)؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ جُعِلَ كَأَنَّهُ مَا وَرَدَ إِلَّا عَلَى

البناء إذ البناء اسمٌ للموضوع علىٰ وجه الأرض فكان رهنًا لجميع الأرض، وذلك مشغولٌ بملك الراهن.

قوله: وَلَوِ اسْتَحَقَّ بَعْضَهُ، إِنْ كَانَ البَاقِي يَجُوزُ ابْتِدَاءُ الرَّهْنِ عَلَيْهِ وَحْدَهُ بَقِيَ رَهْنًا بِحِصَّتِهِ، وهو فيما إذا بقي الباقي شيئًا معينًا غير مشاعٍ، وَإِلَّا بَطَلَ كُلُّهُ، يعني فيما إذا بقي الباقي مشاعًا، ومعنى قوله: رَهْنًا بِحِصَّتِهِ، أي مضمونًا بحصته، كما إذا هلك الباقي يقسم الدين علىٰ قيمة الباقي وقيمة المستحق، فما أصاب الباقي يهلك بحصته، وما أصاب المستحق يبقىٰ دينًا في ذمَّته، وإن كان في قيمة الباقي وفاءً بالدين لا يذهب جميع الدين، بخلاف ما لو رهن الباقي ابتداءً وفيه وفاء بالدين.

البَاقِي، وَيَمْنَعُ التَّسْلِيمَ كَوْنُ الرَّاهِنِ أَوْ مَتَاعِهِ فِي الدَّارِ المَرْهُونَةِ، وَكَذَا مَتَاعُهُ فِي الوِعَاءِ المَرْهُونِ، وَيَمْنَعُ تَسْلِيمَ الدَّابَّةِ المَرْهُونَةِ الحَمْلُ عَلَيْهَا فَلَا يَتِمُّ حَتَّىٰ يُلْقِيَ الحِمْلَ؛ لِأَنَّهُ شَاغِلٌ لَهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَهَنَ الحِمْلَ دُونَهَا حَيْثُ يَكُونُ رَهْنًا تَامًّا إِذَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الدَّابَّةَ مَشْغُولَةٌ بِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا رَهَنَ مَتَاعًا فِي دَارٍ أَوْ فِي وِعَاءٍ دُونَ الدَّارِ وَالْوِعَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَهَنَ سَرْجًا عَلَىٰ دَابَّةٍ أَوْ لِجَامًا فِي رَأْسِهَا وَدَفَعَ الدَّابَّةَ مَعَ السَّرْجِ وَاللِّجَامِ حَيْثُ لَا يَكُونُ رَهْنًا حَتَّىٰ يَنْزِعَهُ مِنْهَا ثُمَّ يُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِ الدَّابَّةِ بِمَنْزِلَةِ الثَّمَرَةِ لِلنَّخِيلِ حَتَّىٰ قَالُوا يَدْخُلُ فِيهِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ.

قَالَ: (وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ بِالْأَمَانَاتِ) كَالْوَدَائِعِ وَالْعَوَارِيّ وَالْمُضَارَبَاتِ

قوله: وَيَمْنَعُ التَّسْلِيمَ كَوْنُ الرَّاهِنِ أَوْ مَتَاعِهِ فِي الدَّارِ المَرْهُونَةِ، حتَّىٰ لو أخرج الراهن متاعه وكان هو مع المرتَهن فيها قائلًا: سلمتُ إليك، لا يكون تسليمًا حتَّىٰ يخرج ويقول: سلمتها إليك.

قوله: لِأَنَّهُ شَاغِلٌ لَهَا، فالحاصلُ أنه لا يتمُّ تسليم المشغول بالراهن أو بملكه إلَّا بإزالة الشواغل، بخلاف ما إذا كان الرهن شاغلًا لا مشغولًا حيث يتمُّ تسليمه، كما إذا رهنَ الحمل علىٰ دابةٍ أو المتاع في دارٍ أو وعاءٍ دون الدابة والدار والوعاء، حيث يتمُّ التسليم قبل إسقاط الحمل وإخراج المتاع عن الوعاء والدار، لأنَّ المرهون فيها شاغلٌ لا مشغولٌ، بخلاف ما لو أرهن سُرجًا على دابة أو لجامًا في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يتمُّ الرهن حتَّىٰ ينزعه منها ثمَّ يسلمه، لأنه تبع للدابة بمنزلة التمر للنخيل

(وَمَالِ الشِّرْكَةِ) ؛ لِأَنَّ القَبْضَ فِي بَابِ الرَّهْنِ قَبْضٌ مَضْمُونٌ فَلَا بُدَّ مِنْ ضَمَانٍ ثَابِتٍ لِيَقَعَ القَبْضُ مَضْمُونًا وَيَتَحَقَّقَ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُ (وَكَذٰلِكَ لَا يَصِحُّ بِالْأَعْيَانِ المَضْمُونَةِ بِغَيْرِهَا كَالْمَبِيعِ فِي يَدِ البَائِعِ) ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ، فَإِنَّهُ إِذَا هَلَكَ العَيْنُ لَمْ يَضْمَنِ البَائِعُ شَيْئًا لٰكِنَّهُ يَسْقُطُ الثَّمَنُ وَهُوَ حَقُّ البَائِعِ فَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ فَأَمَّا الأَعْيَانُ المَضْمُونَةُ بِعَيْنِهَا

حتّىٰ قالوا يدخل في الرهن من غير ذكرٍ.

قوله: **لِأَنَّ القَبْضَ فِي بَابِ الرَّهْنِ قَبْضٌ مَضْمُونٌ**، يعني قبضٌ يصير به المقبوضَ مضمونًا على القابض بقدر الدَّين فلا بُدَّ من ضمانٍ على الراهن حتّىٰ يصير المرهونَ مضمونًا على المرتَهن بقدر ذلك الضمان، وليسَ في الأمانات ضمانٌ فإنَّ حق صاحب الأمانة مقصورٌ على العين.

قوله: **وَكَذٰلِكَ لَا يَصِحُّ بِالْأَعْيَانِ المَضْمُونَةِ بِغَيْرِهَا كَالْمَبِيعِ**، بأن اشترىٰ عينًا ثمَّ أنَّ المشتري أخذ رهنًا من البائع بالمبيع فإنَّ الرهن باطلٌ لأنَّ المبيع ليس بمضمونٍ، ألا ترىٰ أنه إذا هلك المبيع لم يضمن البائع شيئًا ولكن به يسقط الثمن وهو حقُّ البائع فلا يصح الرهن به، فلو هلكَ يهلك بغير شيءٍ لأنه اعتبارٌ للباطل فبقي قبضه بإذنه، وإنَّما سماه مضمونًا بغيره باعتبار سقوط الضمان إن لم يقبض وردَّه إذا قبض وإلَّا فهو ليسَ بمضمونٍ لأنه إذا هلكَ يهلكُ ملك البائع فلا يجبُ عليه شيءٌ كما إذا هلكت الوديعة، فإن قيل: ينبغي أن يصحَّ بعد قبض الثَّمن لأنه بعد قبض الثَّمن كالمغصوب في يد الغاصب، من حيث إنه لو هلك يجب على الغاصب في ماله شيءٌ وهو القيمة، والمبيع بعد قبض الثمن كذلك لأنه لو هلك يجب على البائع شيءٌ في ماله وهو ردُّ الثَّمن؟ قلنا: الفرقُ بينهما ظاهرٌ، وهو أنَّ الضمان بعد أخذ الثمن ضمان الأخذ لا ضمان المبيع، ولهذا تجب القيمة ولو كان

وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا بِالْمِثْلِ أَوْ بِالْقِيمَةِ عِنْدَ هَلَاكِهِ مِثْلَ المَغْصُوبِ وَبَدَلِ الخُلْعِ وَالْمَهْرِ وَبَدَلِ الصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ يَصِحُّ الرَّهْنُ بِهَا؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ مُتَقَرِّرٌ، فَإِنَّهُ إنْ كَانَ قَائِمًا وَجَبَ تَسْلِيمُهُ، وَإِنْ كَانَ هَالِكًا تَجِبُ قِيمَتُهُ فَكَانَ رَهْنًا بِمَا هُوَ مَضْمُونٌ فَيَصِحُّ.

قَالَ: (وَالرَّهْنُ بِالدَّرَكِ بَاطِلٌ وَالْكَفَالَةُ بِالدَّرَكِ جَائِزَةٌ) وَالْفَرْقُ أَنَّ الرَّهْنَ لِلِاسْتِيفَاءِ وَلَا اسْتِيفَاءَ قَبْلَ الوُجُوبِ، وَإِضَافَةُ التَّمْلِيكِ إلَىٰ زَمَانٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لَا تَجُوزُ أَمَّا الكَفَالَةُ فَلِالْتِزَامِ المُطَالَبَةِ، وَالْتِزَامُ الأَفْعَالِ يَصِحُّ مُضَافًا إلَى المَآلِ كَمَا فِي الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، وَلِهٰذَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَىٰ فُلَانٍ وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ، فَلَوْ قَبَضَهُ قَبْلَ الوُجُوبِ فَهَلَكَ عِنْدَهُ يَهْلِكُ أَمَانَةً؛ لِأَنَّهُ لَا عَقْدَ حَيْثُ وَقَعَ بَاطِلًا، بِخِلَافِ الرَّهْنِ بِالدَّيْنِ

ضمان المبيع يوجب القيمة كما في المقبوض علىٰ سوم الشراء.

قوله: وَالرَّهْنُ بِالدَّرَكِ بَاطِلٌ، وتفسير الرهن بالدرك أن يبيع رجل سلعةً وقبض ثمنها وسلما إلى المشتَرِي وخاف المشتري الاستحقاق فأخذ بالثمن من البائع رهنًا قبل الدرك فإنه باطلٌ، حتّىٰ لا يملك حبس الرهن حلَّ الدركَ أو لم يَحِلّ، فإذا هلك الرهن عنده كان أمانةً حل الدرك أو لم يحل، لأنه لا عقدَ حيث وقع باطلًا.

قوله: وَلَا اسْتِيفَاءَ قَبْلَ الوُجُوبِ، لأنَّ الواجب هو الذي يستوفى، وضمان الدرك هو ضمان عند استحقاق المبيع فلا يجب قبل الاستحقاق، ولا يصحُّ مضافًا إلىٰ حال وجود الدين لأنَّ الاستيفاء معاوضةٌ فلا تحتمل الإضافة لأنَّ إضافة التمليك إلى زمان المستقبل لا يجوز، أمَّا الكفالة فمشروعةٌ لالتزام المطالبة لا لالتزام أصل الدين، ولهذا لو كفل بما

الْمَوْعُودِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ رَهَنْتُكَ هٰذَا لِتُقْرِضَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ وَهَلَكَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ حَيْثُ يَهْلِكُ بِمَا سَمَّىٰ مِنَ الْمَالِ بِمُقَابَلَتِهِ؛ لِأَنَّ الْمَوْعُودَ جُعِلَ كَالْمَوْجُودِ بِاعْتِبَارِ الْحَاجَةِ، وَلِأَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِجِهَةِ الرَّهْنِ الَّذِي يَصِحُّ عَلَى اعْتِبَارِ وُجُودِهِ فَيُعْطَىٰ لَهُ حُكْمُهُ كَالْمَقْبُوضِ عَلَىٰ سَوْمِ الشِّرَاءِ فَيَضْمَنُهُ.

ذاب له علىٰ فلان يجوز، ولو رهن مالًا عند رجل بما يذوب له عليه لا يجوز.

قوله: يَهْلِكُ بِمَا سَمَّىٰ مِنَ الْمَالِ بِمُقَابَلَتِهِ، أي إذا كان الموعود مساويًا لقيمة الرهن أو أقلَّ منه، أمَّا إذا كان الدَّين الموعود أكثر من قيمة الرهن يجب على المرتَهن الدفع بمقدار قيمة الرهن، لأنه يقع الاستيفاء بِهذا القدر تقديرًا.

قوله: لِأَنَّ الْمَوْعُودَ جُعِلَ كَالْمَوْجُودِ بِاعْتِبَارِ الْحَاجَةِ، فكان الرهن حاصلًا بعد القرض حكمًا، إذ الظاهر أنَّ الخلف لا يجري في الوعد فكان مفضيًا إلى الوجود غالبًا، بخلاف الرهن بالدرك لأنَّ الدَّركَ لا يكون موجودًا غالبًا، إذ الظاهرُ أنَّ المسلم يبيع مالَ نفسه، ولأنه مقبوضٌ بجهة الرهن الذي يصحُّ على اعتبار وجوده فأعطىٰ له حكمه، كالمقبوض علىٰ سوم الشراء مضمونٌ على القابض لأنه مقبوضٌ بجهة حكم الشراء فجعل كالمقبوض بحقيقته في إيجاب الضمان، غير أنَّ المقبوض علىٰ سوم الشراء مضمونٌ بالقيمة بالغةً ما بلغت لا بالمسمَّىٰ من الثمن، والمقبوض علىٰ سوم الرهن مضمونٌ بما سمَّيَا لا بالقيمة، لأنَّ ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وليس بضمان مبتدإٍ، فيقدَّر بالدين ضرورةً، وضمان المبيع ضمان مبتدأ يجب بالعقد إذ ليس للبائع على المشتري شيءٌ قبل البيع فيجبُ مضمونًا بالقيمة عند تعذُّر إيجاب المسمَّىٰ كضمان الغصب.

قوله: فَيَضْمَنُهُ، أي الأقلُّ من قيمة الرهن وممَّا سمَّىٰ.

قَالَ: (وَيَصِحُّ الرَّهْنُ بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ وَبِثَمَنِ الصَّرْفِ وَالْمُسْلَمِ فِيهِ) وَقَالَ زُفَرُ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ الِاسْتِيفَاءُ، وَهٰذَا اسْتِبْدَالٌ لِعَدَمِ الْمُجَانَسَةِ، وَبَابُ الِاسْتِبْدَالِ فِيهَا مَسْدُودٌ وَلَنَا أَنَّ الْمُجَانَسَةَ ثَابِتَةٌ فِي الْمَالِيَّةِ فَيَتَحَقَّقُ الِاسْتِيفَاءُ مِنْ حَيْثُ الْمَالِ وَهُوَ الْمَضْمُونُ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَالرَّهْنُ بِالْمَبِيعِ بَاطِلٌ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِنَفْسِهِ (فَإِنْ هَلَكَ ذَهَبَ بِغَيْرِ شَيْءٍ) ؛ لِأَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ لِلْبَاطِلِ فَبَقِيَ قَبْضًا بِإِذْنِهِ (وَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ بِثَمَنِ الصَّرْفِ وَرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ فِي مَجْلِسِ العَقْدِ تَمَّ الصَّرْفُ وَالسَّلَمُ وَصَارَ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا لِدَيْنِهِ حُكْمًا) لِتَحَقُّقِ القَبْضِ حُكْمًا (وَإِنِ افْتَرَقَا قَبْلَ هَلَاكِ الرَّهْنِ بَطَلَا) لِفَوَاتِ القَبْضِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا (وَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ بِالْمُسْلَمِ فِيهِ بَطَلَ السَّلَمُ بِهَلَاكِهِ) وَمَعْنَاهُ: أَنَّهُ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا لِلْمُسْلَمِ فِيهِ فَلَمْ يَبْقَ السَّلَمُ (وَلَوْ تَفَاسَخَا السَّلَمَ وَبِالْمُسْلَمِ فِيهِ رَهْنٌ يَكُونُ ذٰلِكَ رَهْنًا بِرَأْسِ المَالِ حَتَّىٰ يَحْبِسَهُ) ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُهُ فَصَارَ كَالْمَغْصُوبِ إِذَا هَلَكَ وَبِهِ رَهْنٌ يَكُونُ رَهْنًا بِقِيمَتِهِ

قوله: لِأَنَّ حُكْمَهُ الِاسْتِيفَاءُ، أي حكم كلِّ واحد من ثمن الصرف ورأس المال والمسلم فيه.

قوله: وَهُوَ المَضْمُونُ، أي المالية هيَ المضمونة في عقد الرهن لأنَّ العين أمانةٌ في يده، فإذا كان مضمونًا من حيث المالية والأموالُ كلها جنسٌ واحدٌ من حيث المالية فتتحقَّق المجانسة.

(وَلَوْ هَلَكَ الرَّهْنُ بَعْدَ التَّفَاسُخِ يَهْلِكُ بِالطَّعَامِ المُسَلَّمِ فِيهِ) ؛ لِأَنَّهُ رَهَنَهُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ مَحْبُوسًا بِغَيْرِهِ كَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَسَلَّمَ المَبِيعَ وَأَخَذَ بِالثَّمَنِ رَهْنًا ثُمَّ تَقَايَلَا البَيْعَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ لِأَخْذِ المَبِيعِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ بَدَلَهُ، وَلَوْ هَلَكَ المَرْهُونُ يَهْلِكُ بِالثَّمَنِ لِمَا بَيَّنَّا؛ وَكَذَا لَوِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا شِرَاءً

قوله: وَلَوْ هَلَكَ الرَّهْنُ بَعْدَ التَّفَاسُخِ يَهْلِكُ بِالطَّعَامِ المُسَلَّمِ فِيهِ، حتَّىٰ يجبُ عليه ردُّ مثل الطعام المسلم فيه لقبض رأس المال، وإنَّما كان كذلك لأنَّ لربِّ المال حقُّ حبس الرهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرىٰ بينهما، وحقه في المسلم فيه عند قيام العقد وفي رأس المال عند فسخه فله أن يحبس الرهن بكلٍّ واحد منهما، كمن ارتَهن بالمغصوب فهلك له أن يحبس الرهن بقيمته، لأنَّ الواجبَ بالغصب استرداد الغصب عند قيامه والقيمة عند هلاكه، فإذا هلك الرهن في يد ربِّ المال فعليه أن يعطىٰ مثل الطعام الذي كان على المسلم إليه ويأخذ رأس ماله، لأنَّ بقبض الرهن صارت ماليته مضمونةً بالطعام المسلم فيه، وقد بقي حكم الرهن إلىٰ أن يهلك الرهن فصار بِهلاك الرهن مستوفيًا طعامه من حين قبض فصار كأنه قبض الطعام ثمَّ تفاسخا، وهذا لأنَّ الإقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتِها فهلاك الرهن لا يبطل الإقالة، وإنَّما يهلك بالطعام لا برأس المال لأنه مرهونٌ بالطعام وإنَّما يظهر أثره في رأس المال في الحبس لأنه بدله وقائمٌ مقامه، فإذا هلك يهلك بالأصل، كذا في المبسوط.

قوله: وَإِنْ كَانَ مَحْبُوسًا بِغَيْرِهِ، أي وإن كان الرهن محبوسًا بغير المسلم فيه، وهو رأس المال.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلىٰ قوله: لِأَنَّهُ رَهَنَهُ بِهِ.

قوله: وَكَذَا لَوِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا شِرَاءً فَاسِدًا وَأَدَّىٰ ثَمَنَهُ، ثمَّ أراد فسخه للفساد، له أي

فَاسِدًا وَأَدَّىٰ ثَمَنَهُ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ لِيَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ، ثُمَّ لَوْ هَلَكَ الْمُشْتَرَىٰ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي يَهْلِكُ بِقِيمَتِهِ فَكَذَا هٰذَا.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ رَهْنُ الحُرِّ وَالْمُدَبَّرِ وَالْمُكَاتَبِ وَأُمِّ الوَلَدِ) ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ، وَلَا يَتَحَقَّقُ الِاسْتِيفَاءُ مِنْ هٰؤُلَاءِ لِعَدَمِ المَالِيَّةِ فِي الحُرِّ وَقِيَامِ المَانِعِ فِي البَاقِينَ، (وَلَا يَجُوزُ الرَّهْنُ بِالْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ، وَكَذَا بِالْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا) لِتَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ، بِخِلَافِ مَا إذَا كَانَتِ الجِنَايَةُ خَطأً لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الأَرْشِ مِنَ الرَّهْنِ مُمْكِنٌ (وَلَا يَجُوزُ الرَّهْنُ بِالشُّفْعَةِ) ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى المُشْتَرِي (وَلَا بِالْعَبْدِ

للمشتري أن يحبس العبد ليستوفى الثمن، لأنَّ العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء الثمن من البائع في البيع الفاسد، وقد ذكر في فصل أحكام البيع الفاسد من هذا الكتاب: وليس للبائع أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن، لأنَّ المبيع مقابلٌ به فيصير محبوسًا كالرهن.

قوله: وَلَا يَجُوزُ الرَّهْنُ بِالْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ، وَكَذَا بِالْقِصَاصِ، لمعنيين: أحدهما: أنَّ استيفاء المكفول به واستيفاء القصاص من الرهن غير ممكنٍ، والثاني: أنَّ المكفول به غير مضمونٍ في نفسه، فإنه لو هلكَ لم يجب شيء، وإنَّما ذكر عدم جواز الرهن بمقابلة القصاص في النفس وما دونه، لأنه لو رَهَن ببدل الصلح عن دم العمد يصحُّ لأنَّ البدل مضمونٌ بنفسه، وهذا بخلاف ما إذا كان القتل خطأً فصالحه علىٰ عينٍ ثم رَهَن به رهنًا لم يصح لأنه غير مضمونٍ، فإنه إذا هلك ينفسخ الصلح فصار كالمبيع، كذا في الإيضاح في آخر ما يجوز به الارتهان.

قوله: وَلَا يَجُوزُ الرَّهْنُ بِالشُّفْعَةِ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى المُشْتَرِي، إذ لو

الجَانِي وَالْعَبْدِ المَأْذُونِ وَالْمَدْيُونِ) ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى المَوْلَىٰ، فَإِنَّهُ لَوْ هَلَكَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ (وَلَا بِأُجْرَةِ النَّائِحَةِ وَالْمُغَنِّيَةِ، حَتَّىٰ لَوْ ضَاعَ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا) ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مَضْمُونٌ (وَلَا يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَرْهَنَ خَمْرًا أَوْ يَرْتَهِنَهُ مِنْ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ) لِتَعَذُّرِ الإِيفَاءِ وَالِاسْتِيفَاءِ فِي حَقِّ المُسْلِمِ، ثُمَّ الرَّاهِنُ إِذَا كَانَ ذِمِّيًّا فَالْخَمْرُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ لِلذِّمِّيِّ كَمَا إِذَا غَصَبَهُ، وَإِنْ كَانَ المُرْتَهِنُ ذِمِّيًّا لَمْ يَضْمَنْهَا لِلْمُسْلِمِ كَمَا لَا يَضْمَنُهَا بِالْغَصْبِ مِنْهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَرَىٰ ذٰلِكَ فِيمَا بَيْنَهُمْ؛ لِأَنَّهَا مَالٌ فِي حَقِّهِمْ، أَمَّا المَيْتَةُ فَلَيْسَتْ بِمَالٍ عِنْدَهُمْ فَلَا يَجُوزُ رَهْنُهَا وَارْتِهَانُهَا فِيمَا بَيْنَهُمْ، كَمَا لَا يَجُوزُ فِيمَا بَيْنَ المُسْلِمِينَ بِحَالٍ (وَلَوِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا وَرَهَنَ بِثَمَنِهِ عَبْدًا أَوْ خَلًّا أَوْ شَاةً مَذْبُوحَةً ثُمَّ ظَهَرَ العَبْدُ حُرًّا أَوِ الخَلُّ خَمْرًا أَوِ الشَّاةُ مَيْتَةً فَالرَّهْنُ مَضْمُونٌ) ؛ لِأَنَّهُ رَهَنَهُ بِدَيْنٍ وَاجِبٍ ظَاهِرًا (وَكَذَا إِذَا قَتَلَ عَبْدًا وَرَهَنَ بِقِيمَتِهِ رَهْنًا ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ حُرٌّ) وَهٰذَا كُلُّهُ عَلَىٰ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (وَكَذَا إِذَا صَالَحَ عَلَىٰ إِنْكَارٍ وَرَهَنَ بِمَا صَالَحَ عَلَيْهِ رَهْنًا ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لَا دَيْنَ فَالرَّهْنُ مَضْمُونٌ) وَعَنْ أَبِي

هلك لم يلزم المشتري ضمانٌ، وَلَا بِأُجْرَةِ النَّائِحَةِ وَالْمُغَنِّيَةِ، حَتَّىٰ لَوْ ضَاعَ - أي الرهن - لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا، لأنَّ الرهن حصلَ بما ليسَ بواجبٍ أصلًا، ألا ترىٰ أنَّهما لو ترافعا الأمر إلى القاضي قبل الرهن فالقاضي لا يأمر المستأجر بتسليم الأجر، كذا في الذخيرة.

قوله: لِأَنَّهُ رَهَنَهُ بِدَيْنٍ وَاجِبٍ ظَاهِرًا، وهو كافٍ، لأنه آكدُ من الدين الموعود.

يُوسُفَ خِلَافُهُ، وَكَذَا قِيَاسُهُ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ جِنْسِهِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْأَبِ أَنْ يَرْهَنَ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ عَبْدًا لِابْنِهِ الصَّغِيرِ) ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الإِيدَاعَ، وَهٰذَا أَنْظَرُ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ مِنْهُ؛ لِأَنَّ قِيَامَ المُرْتَهِنِ بِحِفْظِهِ أَبْلَغُ خِيفَةَ الغَرَامَةِ (وَلَوْ هَلَكَ يَهْلِكُ مَضْمُونًا، الوَدِيعَةُ تَهْلِكُ أَمَانَةً وَالْوَصِيُّ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ) فِي هٰذَا البَابِ لِمَا بَيَّنَّا وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَزُفَرَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ذٰلِكَ مِنْهُمَا، وَهُوَ القِيَاسُ اعْتِبَارًا بِحَقِيقَةِ الإِيفَاءِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَى الظَّاهِرِ وَهُوَ الِاسْتِحْسَانُ أَنَّ فِي حَقِيقَةِ الإِيفَاءِ إِزَالَةَ مِلْكِ الصَّغِيرِ

قوله: وَكَذَا قِيَاسُهُ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ جِنْسِهِ، الرواية المحفوظة عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ في مسئلة الصلح عن الإنكار، أنَّ المرتَهن لا يضمن إذا تصادقا أن لا دينَ، ولم يحفظ روايته في مسئلة من اشتَرىٰ عبدًا ورهن ثمنه ثمَّ ظهر العبد حرًّا وأخواتِها، ولكن وجدوا تلك المسائل كمسئلة الصلح على الإنكار فقالوا: قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ في هذه المسائل يقتضي أن لا يكونَ الرهن مضمونًا، وفي الإيضاح: بعد ما ذكر مسئلة من اشترىٰ عبدًا ورهن بثمنه أو اشترىٰ خَلًّا أو شاةً إلىٰ قوله: فالرهن مضمونٌ، ثمَّ قال: ويجبُ علىٰ قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أن لا يضمن، لأنه قبضه وليسَ هناك ضمانٌ في الحقيقة.

قوله: وَيَجُوزُ لِلْأَبِ أَنْ يَرْهَنَ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ عَبْدًا لِابْنِهِ الصَّغِيرِ، قيَّد بالصغير لأنَّ الابن لو كان كبيرًا لا يجوز.

قوله: وَالْوَصِيُّ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ فِي هٰذَا البَابِ لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الإِيدَاعَ، وَهٰذَا أَنْظَرُ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ مِنْهُ.

مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ يُقَابِلُهُ فِي الحَالِ، وَفِي هٰذَا نَصْبُ حَافِظٍ لِمَالِهِ نَاجِزًا مَعَ بَقَاءِ مِلْكِهِ فَوَضَحَ الفَرْقُ (وَإِذَا جَازَ الرَّهْنُ يَصِيرُ المُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا دَيْنَهُ لَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ وَيَصِيرُ الأَبُ) أَوِ الوَصِيُّ (مُوفِيًا لَهُ وَيَضْمَنُهُ لِلصَّبِيِّ) ؛ لِأَنَّهُ قَضَىٰ دَيْنَهُ بِمَالِهِ، وَكَذَا لَوْ سَلَّطَا المُرْتَهِنَ عَلَىٰ بَيْعِهِ؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ بِالْبَيْعِ وَهُمَا يَمْلِكَانِهِ قَالُوا: أَصْلُ هٰذِهِ المَسْأَلَةِ البَيْعُ، فَإِنَّ الأَبَ أَوِ الوَصِيَّ إِذَا بَاعَ مَالَ الصَّبِيِّ مِنْ غَرِيمِ نَفْسِهِ جَازَ وَتَقَعُ المُقَاصَّةُ وَيَضْمَنُهُ لِلصَّبِيِّ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا تَقَعُ المُقَاصَّةُ، وَكَذَا وَكِيلُ البَائِعِ بِالْبَيْعِ، وَالرَّهْنُ نَظِيرُ البَيْعِ نَظَرًا إِلَىٰ عَاقِبَتِهِ مِنْ حَيْثُ وُجُوبُ الضَّمَانِ

قوله: وَيَضْمَنُهُ لِلصَّبِيِّ، وفي الذخيرة: والمعنىٰ: وإذا صحَّ الرهن بينهما وهلك الرهن في يد المرتَهن هلك بما فيه، ويضمن الأبَ والوصي للصغير قيمة الرهن إذا كانت القيمة مثلَ الدين، وإن كانت القيمة أكثر من الدين يضمن مقدار الدين ولا يضمن الزيادة، لأنَّ الأبَ والوصي فيما زاد مودع مال الصغير، وفي اللآلي: إذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين يضمن الأب بقدر الدين، والوصي يضمن بقدر القيمة، لأنَّ للأب أن ينتفع بمال الصبي ولا كذلك الوصي، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: وَكَذَا وَكِيلُ البَائِعِ بِالْبَيْعِ، يعني إذا كان للمشتري علىٰ وكيل البائع دينٌ كان علىٰ هذا الخلاف يقع المقاصَّة عندهما، خلافًا لأبي يوسف رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَالرَّهْنُ نَظِيرُ البَيْعِ نَظَرًا، إلىٰ عاقبة الرهن من حيثُ إنه يصير قاضيًا دينه عند هلاك الرهن ضامنًا مثله للصبيِّ، وفي البيع كذلك، فإنه يصير قاضيًا دينه من الثمن الواجب للصغير ضامنًا له مثله.

(وَإِذَا رَهَنَ الأَبُ مَتَاعَ الصَّغِيرِ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ مِنِ ابْنٍ لَهُ صَغِيرٍ أَوْ عَبْدٍ لَهُ تَاجِرٍ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ جَازَ) ؛ لِأَنَّ الأَبَ لِوُفُورِ شَفَقَتِهِ أُنْزِلَ مَنْزِلَةَ شَخْصَيْنِ وَأُقِيمَتْ عِبَارَتُهُ مَقَامَ عِبَارَتَيْنِ فِي هٰذَا العَقْدِ كَمَا فِي بَيْعِهِ مَالَ الصَّغِيرِ

قوله: وَإِذَا رَهَنَ الأَبُ ... مِنْ نَفْسِهِ، أي رهن الأبُ متاعَ الصغير من نفسه بدينٍ له على الصغير، فكان الأبُ راهنًا بطريق النيابة عن ابنه الصغير ومرتَهنا أيضًا بالنظر إلىٰ أنه يأخذ متاع الصغير رهنًا لنفسه بدينٍ له على الصغير.

قوله: أَوْ مِنِ ابْنٍ لَهُ صَغِيرٍ، أي رهن الأب متاع ابنه الصغير من ابنه له آخر صغير، بأن يكون لرجل ابنان صغيران فصار لأحدهما دينٌ على آخر بوجهٍ من الوجوه، فرهن الأبُ متاع ابنه الصغير المديون من ابنه الصغير الذي هو ربُّ الدين.

قوله: أَوْ عَبْدٍ لَهُ، أي للأب عبدٌ تاجرٌ ولهذا العبد التاجر دينٌ على الصغير، يعني رهن الأب متاع ولده الصغير من عبد نفسه.

قوله: لَا دَيْنَ عَلَيْهِ، أي على العبد، وإنَّما قيَّد به لأنَّ الشبهة إنَّما تردُ فيما إذا لم يكن على العبد دينٌ، لأنه حينئذٍ يكون بمنزلة أن يرهنه من نفسه لأنَّ كسب عبده الذي لا دينَ عليه له، ولكن هو غير مانعٍ لِمَا ذكرنا أنه لو رَهَن متاع ابنه الصغير من نفسه يجوز، فكذلك هنا، وأمَّا إذا كان على العبد دينٌ فلا شكَّ في جواز الرهن، حتَّىٰ أنَّ الوصيَّ يشارك الأب في جواز الرهن في هذه الصورة، وفي مبسوط شيخ الإسلام: وإن رهنه من عبد له تاجر فإنه جائزٌ، سواء كان على العبد دين أو لم يكن، وأمَّا إذا كان على العبد دين فإنه يجوز من الوصي فلأَن يجوز من الأب أوْلىٰ، وأنه أعمُّ ولايةً من الوصي، فإن لم يكن عليه دينٌ فإنه يجوز من الأب، بخلاف الوصيِّ إذا رهن من عبده ولا دينَ عليه، وذلك لأنَّا نجعل ما رهنه من عبده ولا دين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه، إلَّا أنه لو رهن الأب من نفسه جاز

مِنْ نَفْسِهِ فَتَوَلَّىٰ طَرَفَي العَقْدِ (وَلَوِ ارْتَهَنَهُ الوَصِيُّ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ مِنْ هٰذَيْنِ أَوْ رَهْنًا عَيْنًا لَهُ مِنَ اليَتِيمِ بِحَقٍّ لِلْيَتِيمِ عَلَيْهِ لَمْ يَجُزْ) ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مَحْضٌ، وَالْوَاحِدُ لَا يَتَوَلَّىٰ طَرَفَيِ العَقْدِ فِي الرَّهْنِ كَمَا لَا يَتَوَلَّاهُمَا فِي البَيْعِ، وَهُوَ قَاصِرُ الشَّفَقَةِ فَلَا يَعْدِلُ عَنِ الحَقِيقَةِ فِي حَقِّهِ إِلْحَاقًا لَهُ بِالْأَبِ، وَالرَّهْنِ مِنِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ وَعَبْدِهِ التَّاجِرِ الَّذِي لَيْسَ عَلَيْهِ دَيْنٌ

فكذا إذا رهن من عبده، والوصيُّ لو رهن من نفسه لا يجوز فكذا من عبده، ثمَّ إنَّما جاز رهن الأب من نفسه ولم يجز رهن الوصيِّ من نفسه لأنَّ بيعه مال ولده من نفسه جائزٌ، وإن لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بأن باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وإن كان الرهن يصير مضمونًا بالقيمة، وأمَّا بيع الوصيِّ من نفسه لا يجوز عندهم جميعًا بمثل القيمة فكذا لا يجوز رهنه من نفسه لأنه مضمون بأقلَّ من قيمته ومن الدين.

قوله: وَلَوِ ارْتَهَنَهُ الوَصِيُّ مِنْ نَفْسِهِ، بأن كان له على الصبيِّ دينٌ.

قوله: أَوْ مِنْ هٰذَيْنِ، أي ارتَهن الوصيُّ متاعَ الصغير لأجل ابنه الصغير الذي له دينٌ على اليتيم، أو ارتَهن الوصيُّ متاع اليتيم لأجل عبده التاجر الذي لا دينَ عليه إذا كان له دينٌ على اليتيم، أو رهن الوصيُّ عين نفسه من اليتيم لأجل دينٍ على الوصيِّ لليتيم لا يجوز، ورهن الوصيِّ من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليسَ عليه دينٌ بمنزلة الرهن من نفسه فلا يصحُّ، كما لو رَهَن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وعبده المديون لأنه من كسبهم بمنزلة الأجنبيِّ وهم أحقُّ بالكسب منه، وهذا بخلاف الوكيل بالبيع، فإنه لا يبيع من هؤلاء لأنه في البيع متَّهمٌ وفي حقِّ الرهن لا يكون متهمًا، لأنَّ حكم الرهن واحدٌ وهو أنه مضمونٌ بالأقلِّ من قيمته ومن الدين، سواءٌ رهنه عند هٰؤلاء أو عند أجنبيٍّ، فلانتفاء التهمة نَفَذ تصرُّفه معهم.

بِمَنْزِلَةِ الرَّهْنِ مِنْ نَفْسِهِ، بِخِلَافِ ابْنِهِ الكَبِيرِ وَأَبِيهِ وَعَبْدِهِ الَّذِي عَلَيْهِ دَيْنٌ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا بَاعَ مِنْ هٰؤُلَاءِ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِيهِ وَلَا تُهْمَةَ فِي الرَّهْنِ؛ لِأَنَّ لَهُ حُكْمًا وَاحِدًا.

(وَإِنِ اسْتَدَانَ الوَصِيُّ لِلْيَتِيمِ فِي كِسْوَتِهِ وَطَعَامِهِ فَرَهَنَ بِهِ مَتَاعًا لِلْيَتِيمِ جَازَ) ؛ لِأَنَّ الِاسْتِدَانَةَ جَائِزَةٌ لِلْحَاجَةِ وَالرَّهْنُ يَقَعُ إِيفَاءً لِلْحَقِّ فَيَجُوزُ (وَكَذٰلِكَ لَوِ اتَّجَرَ لِلْيَتِيمِ فَارْتَهَنَ أَوْ رَهَنَ) ؛ لِأَنَّ الأَوْلَىٰ لَهُ التِّجَارَةُ تَثْمِيرًا لِمَالِ اليَتِيمِ فَلَا يَجِدُ بُدًّا مِنَ الِارْتِهَانِ وَالرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ إِيفَاءٌ وَاسْتِيفَاءٌ (وَإِذَا رَهَنَ الأَبُ مَتَاعَ الصَّغِيرِ فَأَدْرَكَ الِابْنُ وَمَاتَ الأَبُ لَيْسَ لِلِابْنِ أَنْ يَرُدَّهُ حَتَّىٰ يَقْضِيَ الدَّيْنَ) ....

قوله: وَإِنِ اسْتَدَانَ الوَصِيُّ لِلْيَتِيمِ فِي كِسْوَتِهِ وَطَعَامِهِ، أي اشترىٰ بدينٍ كسوةً لليتيم أو طعامًا له.

قوله: وَإِذَا رَهَنَ الأَبُ مَتَاعَ الصَّغِيرِ فَأَدْرَكَ الِابْنُ وَمَاتَ الأَبُ لَيْسَ لِلِابْنِ أَنْ يَرُدَّهُ حَتَّىٰ يَقْضِيَ الدَّيْنَ، أطْلَقَ رهن الأب متاعَ الصغير فأدرك، ولم يذكر أنه رهن لدين الصغير أو لدين نفسه، لأنَّ هذا الحكم الذي ذكره لا يختلف بين أن يكون الدين دين الصغير أو دين الأب، وقوله: وَمَاتَ الأَبُ، قيدٌ اتفاقي، وكذلك ذكر الأب ليس بقيدٍ، لأنَّ هذا الحكم وهو عدم ولاية استرداد الصغير قبل أداء الدين إذا بلغَ لا يختلف بين أن يكون الراهن أبًا أو وصيًّا للصغير، ذكر شيخ الإسلام في مبسوطه: وإذا رهن الأب مالًا لولده وهو صغير فأدْرَك فأراد ردَّ الرهن ليسَ له ذلك، لأنَّ الوصي لو رهن مال الصغير إمَّا بدينه أو بدين الصغير ثمَّ بلغ الصغير فأراد أن يرد ذلك لم يكن له ذلك، فإذا فعله

لِوُقُوعِهِ لَازِمًا مِنْ جَانِبِهِ؛ إِذْ تَصَرُّفُ الأَبِ بِمَنْزِلَةِ تَصَرُّفِهِ بِنَفْسِهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ (وَلَوْ كَانَ الأَبُ رَهَنَهُ لِنَفْسِهِ فَقَضَاهُ الِابْنُ رَجَعَ بِهِ فِي مَالِ الأَبِ) ؛ لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِيهِ لِحَاجَتِهِ إِلَىٰ إِحْيَاءِ مِلْكِهِ فَأَشْبَهَ مُعِيرَ الرَّهْنِ (وَكَذَا إِذَا هَلَكَ قَبْلَ أَنْ يَفْتَكَّهُ) ؛ لِأَنَّ الأَبَ يَصِيرُ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِمَالِهِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ (وَلَوْ رَهَنَهُ بِدَيْنٍ عَلَىٰ نَفْسِهِ وَبِدَيْنٍ عَلَى الصَّغِيرِ جَازَ) لِاشْتِمَالِهِ عَلَىٰ أَمْرَيْنِ جَائِزَيْنِ (فَإِنْ هَلَكَ ضَمِنَ الأَبُ حِصَّتَهُ مِنْ ذٰلِكَ لِلْوَلَدِ) لِإِيفَائِهِ دَيْنَهُ مِنْ مَالِهِ بِهٰذَا المِقْدَارِ، وَكَذٰلِكَ الوَصِيُّ، وَكَذٰلِكَ الجَدُّ أَبُ الأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الأَبُ أَوْ وَصِيُّ الأَبِ (وَلَوْ رَهَنَ الوَصِيُّ مَتَاعًا لِلْيَتِيمِ فِي دَيْنٍ اسْتَدَانَهُ عَلَيْهِ وَقَبَضَ المُرْتَهِنُ ثُمَّ اسْتَعَارَهُ الوَصِيُّ لِحَاجَةِ اليَتِيمِ فَضَاعَ فِي يَدِ الوَصِيِّ فَإِنَّهُ خَرَجَ مِنَ الرَّهْنِ وَهَلَكَ مِنْ مَالِ اليَتِيمِ) ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الوَصِيِّ كَفِعْلِهِ بِنَفْسِهِ بَعْدَ البُلُوغِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَعَارَهُ لِحَاجَةِ الصَّبِيِّ وَالْحُكْمُ فِيهِ هٰذَا عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ

الأب وأنه أعم ولايةً أَوْلىٰ.

قوله: لِوُقُوعِهِ لَازِمًا مِنْ جَانِبِهِ، أي من جانب الصغير.

قوله: وَكَذَا إِذَا هَلَكَ قَبْلَ أَنْ يَفْتَكَّهُ، يعني له أن يرجع فى مال الأب.

قوله: لِأَنَّ فِعْلَ الوَصِيِّ كَفِعْلِهِ بِنَفْسِهِ، أي كفعل اليتيم بنفسه، وَالْحُكْمُ فِيهِ هٰذَا، يعني لو كان اليتيمُ بالغًا فرهنَ متاعه بنفسه ثمَّ استعاره من المرتَهن فهلكَ في يده لم يسقط الدَّين لأنَّ عند هلاك الرهن يصير المرتَهن مستوفيًا، ولا يمكن أن يجعل صاحب الدين

شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ (وَالْمَالُ دَيْنٌ عَلَى الوَصِيِّ) مَعْنَاهُ هُوَ المُطَالِبُ بِهِ (ثُمَّ يَرْجِعُ بِذٰلِكَ عَلَى الصَّبِيِّ) ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي هٰذِهِ الِاسْتِعَارَةِ؛ إِذْ هِيَ لِحَاجَةِ الصَّبِيِّ (وَلَوِ اسْتَعَارَهُ لِحَاجَةِ نَفْسِهِ ضَمِنَهُ لِلصَّبِيِّ) ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ الِاسْتِعْمَالِ فِي حَاجَةِ نَفْسِهِ (وَلَوْ غَصَبَهُ الوَصِيُّ بَعْدَ مَا رَهَنَهُ فَاسْتَعْمَلَهُ لِحَاجَةِ نَفْسِهِ حَتَّىٰ هَلَكَ عِنْدَهُ فَالْوَصِيُّ ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي حَقِّ المُرْتَهِنِ بِالْغَصْبِ وَالِاسْتِعْمَالِ، وَفِي حَقِّ الصَّبِيِّ بِالِاسْتِعْمَالِ فِي حَاجَةِ نَفْسِهِ، فَيُقْضَىٰ بِهِ الدَّيْنُ إِنْ كَانَ قَدْ حَلَّ (فَإِنْ كَانَ قِيمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ أَدَّاهُ إِلَى المُرْتَهِنِ وَلَا يَرْجِعُ عَلَى اليَتِيمِ) ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ لِلْيَتِيمِ عَلَيْهِ مِثْلُ مَا وَجَبَ لَهُ عَلَى اليَتِيمِ فَالْتَقَيَا قِصَاصًا (وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ) مِنَ الدَّيْنِ (أَدَّىٰ قَدْرَ القِيمَةِ إِلَى المُرْتَهِنِ وَأَدَّىٰ الزِّيَادَةَ مِنْ مَال اليَتِيمِ)؛ لِأَنَّ المَضْمُونَ عَلَيْهِ قَدْرُ القِيمَةِ لَا غَيْرَ (وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ مِنَ الدَّيْنِ أَدَّىٰ قَدْرَ الدَّيْنِ مِنَ القِيمَةِ إِلَى المُرْتَهِنِ،

مستوفيًا دينه باعتبار يد المديون، ألا ترىٰ أنَّ حكم الرهن لا يثبت يد الراهن في الابتداء إذا جعل عدلًا فيها، وكذلك لا يبقىٰ حكم يد الاستيفاء بعد ما رجع الرَّهن إلى الراهن، وإذا لم يسقط الدين بِهلاكه رجع المرتَهن على الوصيِّ بالدين كما يرجعُ به قبل الرهن ويرجع الوصيُّ به على اليتيم وقد ضاعَ العينُ من مال اليتيم لأنه إنَّما استعاره لحاجة اليتيم.

قوله: وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ مِنَ الدَّيْنِ أَدَّىٰ قَدْرَ الدَّيْنِ ... إِلَى المُرْتَهِنِ، وهذا هو الصواب، وفي عامة النسخ: قدر القيمة إلى المرتَهن، وهذا سهوٌ وقعَ من الكاتب، وهذا ظاهرٌ لا خفاءَ فيه لأحدٍ، لأنَّ حق المرتَهن في قدر الدين لا في قيمة الرهن.

وَالْفَضْلُ لِلْيَتِيمِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَحِلَّ الدَّيْنُ فَالْقِيمَةُ رَهْنٌ) ؛ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ لِلْمُرْتَهِنِ بِتَفْوِيتِ حَقِّهِ الْمُحْتَرَمِ فَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ، ثُمَّ إِذَا حَلَّ الأَجَلُ كَانَ الجَوَابُ عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي فَصَّلْنَاهُ (وَلَوْ أَنَّهُ غَصَبَهُ وَاسْتَعْمَلَهُ لِحَاجَةِ الصَّغِيرِ حَتَّىٰ هَلَكَ فِي يَدِهِ يَضْمَنُهُ لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ، وَلَا يَضْمَنُهُ لِحَقِّ الصَّغِيرِ) ؛ لِأَنَّ اسْتِعْمَالَهُ لِحَاجَةِ الصَّغِيرِ لَيْسَ بِتَعَدٍّ، وَكَذَا الأَخْذُ؛ لِأَنَّ لَهُ وِلَايَةَ أَخْذِ مَالِ اليَتِيمِ، وَلِهٰذَا قَالَ فِي كِتَابِ الإِقْرَارِ: إِذَا أَقَرَّ الأَبُ أَوِ الوَصِيُّ بِغَصْبِ مَالِ الصَّغِيرِ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ غَصْبُهُ لِمَا أَنَّ لَهُ وِلَايَةَ الأَخْذِ، فَإِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ يَضْمَنُهُ لِلْمُرْتَهِنِ يَأْخُذُهُ بِدَيْنِهِ إِنْ كَانَ قَدْ حَلَّ، وَيَرْجِعُ الوَصِيُّ عَلَى الصَّغِيرِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَدٍّ بَلْ هُوَ عَامِلٌ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَحِلَّ يَكُونُ رَهْنًا عِنْدَ المُرْتَهِنِ، ثُمَّ إِذَا حَلَّ الدَّيْنُ يَأْخُذُ دَيْنَهُ مِنْهُ وَيَرْجِعُ الوَصِيُّ عَلَى الصَّبِيِّ بِذٰلِكَ لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَيَجُوزُ رَهْنُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ) ؛ لِأَنَّهُ

قوله: يَضْمَنُهُ لِحَقِّ المُرْتَهِنِ، وهو الأقلُّ من قيمته ومن الدين، وَلَا يَضْمَنُهُ لِحَقِّ الصَّغِيرِ، وهو قدر الزيادة على الدَّين.

قوله: فَإِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ يَضْمَنُهُ لِلْمُرْتَهِنِ يَأْخُذُهُ بِدَيْنِهِ، أي يأخذ المرتَهنُ ما ضمنه الوصيُّ بمقابلة دينه.

قوله: وَيَرْجِعُ الوَصِيُّ عَلَى الصَّبِيِّ بِذٰلِكَ لِمَا ذَكَرْنَا، أي لأنه ليسَ بمتعدٍّ بل هو عاملٌ له.

يَتَحَقَّقُ الِاسْتِيفَاءُ مِنْهُ فَكَانَ مَحَلًّا لِلرَّهْنِ (فَإِنْ رُهِنَتْ بِجِنْسِهَا فَهَلَكَتْ هَلَكَتْ بِمِثْلِهَا مِنَ الدَّيْنِ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الجَوْدَةِ) ؛ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِالْجَوْدَةِ عِنْدَ المُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ عِنْدَهُ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا بِاعْتِبَارِ الوَزْنِ دُونَ القِيمَةِ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ القِيمَةَ مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ وَيَكُونُ رَهْنًا مَكَانَهُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: فَإِنْ رَهَنَ إِبْرِيقَ فِضَّةٍ وَزْنُهُ عَشَرَةٌ بِعَشَرَةٍ فَضَاعَ فَهُوَ بِمَا فِيهِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: مَعْنَاهُ أَنْ تَكُونَ قِيمَتُهُ مِثْلَ وَزْنِهِ أَوْ أَكْثَرَ هٰذَا الجَوَابُ فِي الوَجْهَيْنِ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ عِنْدَهُ بِاعْتِبَارِ الوَزْنِ وَعِنْدَهُمَا بِاعْتِبَارِ القِيمَةِ، وَهِيَ مِثْلُ الدَّيْنِ فِي الأَوَّلِ وَزِيَادَةٌ عَلَيْهِ فِي الثَّانِي فَيَصِيرُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ مُسْتَوْفِيًا (فَإِنْ كَانَ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنَ الدَّيْنِ فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ) المَذْكُورِ، لَهُمَا أَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى الِاسْتِيفَاءِ بِالْوَزْنِ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ بِالْمُرْتَهِنِ، وَلَا إِلَى اعْتِبَارِ القِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا فَصِرْنَا إِلَى التَّضْمِينِ، بِخِلَافِ

قوله: لَهُمَا أَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى الِاسْتِيفَاءِ بِالْوَزْنِ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ بِالْمُرْتَهِنِ، لأنه يبطل حقُّ المرتَهن في الجودة فيتضرَّرُ به، وَلَا إِلَى اعْتِبَارِ القِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، لأنه لو صار مستوفيًا من دينه ثمانية اعتبارًا للقيمة لصار مستوفيًا ثمانيةَ بعشرة من حيث الوزن فيكونُ ربًا، فصرنا إلى التضمين، فَصِرْنَا إِلَى التَّضْمِينِ، بِخِلَافِ الجِنْسِ لِيَنْتَقِضَ القَبْضُ، أي قبض المرتَهن في الهالك، ويجعل الضمان مكانه، ثُمَّ يَتَمَلَّكَهُ، أي ثمَّ يفتكه الراهن بقضاء الدين، فيتملَّكه، أي ذلك الضمان الذي جعل مكان الأول.

الجِنْسِ لِيَنْتَقِضَ القَبْضُ وَيُجْعَلَ مَكَانَهُ ثُمَّ يَتَمَلَّكَهُ وَلَهُ أَنَّ الجَوْدَةَ سَاقِطَةُ العِبْرَةِ فِي الأَمْوَالِ الرِّبَوِيَّةِ عِنْدَ المُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا، وَاسْتِيفَاءُ الجَيِّدِ بِالرَّدِيءِ جَائِزٌ كَمَا إِذَا تَجَوَّزَ بِهِ وَقَدْ حَصَلَ الِاسْتِيفَاءُ بِالْإِجْمَاعِ وَلِهٰذَا يُحْتَاجُ إِلَىٰ نَقْضِهِ، وَلَا يُمْكِنُ نَقْضُهُ بِإِيجَابِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ مُطَالِبٍ وَمُطَالَبٍ، وَكَذَا الإِنْسَانُ لَا يَضْمَنُ مِلْكَ نَفْسِهِ وَبِتَعَذُّرِ

قوله: لِيَنْتَقِضَ القَبْضُ، لا يقال: بأنَّ القبض قد انتقض لفوات المحلِّ وهو فعلٌ حسيٌّ فلا يتصوَّرُ بدون المحل؟ لأنا نقول: القبض لا ينتقض إلَّا بالردِّ أو بالاستيفاء، ولم يوجد أحدهما فيكون القبضُ باقيًا حكمًا، وإن فاتَ المحلُّ فيصار إلى التضمين، بخلاف الجنس ليتمَّ القبض صورةً ومعنًى، فيكون معنى قوله في الكتاب: لِيَنْتَقِضَ القَبْضُ، ليكمل ويتمَّ القبض.

قوله: وَقَدْ حَصَلَ الِاسْتِيفَاءُ بِالْإِجْمَاعِ، لأنه من جنس حقِّه وقد قبضه علىٰ وجه الاستيفاء ولهذا يحتاج إلىٰ نقضه، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بُدَّ له من مطالِبٍ ومطالَب، ولا مطالِب هنا، لأنه لو كان إمَّا أن يكون هو الراهن أو المرتَهن، ولا يجوز أن يكون الراهن هو المطالِب للنقض بعد قضاء دينه بالرديء، لأنَّ ذلك يضرُّه ولا ينفعه، ولا يجوز أن يكون هو المرتَهن، لأنَّ المرتَهن مطالَبٌ فلا يصحُّ أن يكون مطالِبًا للتدافع.

قوله: وَكَذَا الإِنْسَانُ لَا يَضْمَنُ مِلْكَ نَفْسِهِ، يعني لا يمكنُ أن يقال أيضًا أنَّ المرتَهن يضمن لأنه صار مستوفيًا بالهلاك فصار المستوفى ملكًا له، ومن المحال أن يضمن الإنسان ملكَ نفسه، ولمَّا تعذَّر التضمين تعذَّر النقض، وقيل: هذه قريعة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثمَّ علم بالزيافة، فإنه يسقطُ دينه ولا شيءَ عليه في قول

التَّضْمِينِ يَتَعَذَّرُ النَّقْضُ، وَقِيلَ: هٰذِهِ فُرَيْعَةُ مَا إِذَا اسْتَوْفَىٰ الزُّيُوفَ مَكَانَ الجِيَادِ فَهَلَكَتْ ثُمَّ عَلِمَ بِالزِّيَافَةِ يُمْنَعُ الاِسْتِيفَاءُ وَهُوَ مَعْرُوفٌ، غَيْرَ أَنَّ البِنَاءَ لَا يَصِحُّ مَا هُوَ المَشْهُورُ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا فِيهَا مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَفِي هٰذَا مَعَ أَبِي يُوسُفَ وَالْفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَبَضَ الزُّيُوفَ لِيَسْتَوْفِيَ مِنْ عَيْنِهَا، وَالزِّيَافَةُ لَا تَمْنَعُ الاِسْتِيفَاءَ، وَقَدْ تَمَّ بِالْهَلَاكِ وَقَبْضِ الرَّهْنِ لِيَسْتَوْفِيَ مِنْ مَحَلٍّ آخَرَ فَلَا بُدَّ مِنْ نَقْضِ القَبْضِ، وَقَدْ أَمْكَنَ عِنْدَهُ بِالتَّضْمِينِ، وَلَوِ انْكَسَرَ الإِبْرِيقُ فَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَ وَزْنِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لَا يُجْبَرُ عَلَىٰ الفِكَاكِ؛ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَىٰ أَنْ يَذْهَبَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِالْجَوْدَةِ عَلَى

أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: يضمنُ مثل ما قبَض ويأخذ مثل حقه، وقول محمد رحمه الله تعالىٰ أوّلًا كقول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وآخرًا كقول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، كذا ذكره عيسىٰ بن أبان رحمه الله تعالىٰ، والأصح أنَّ هذه المسئلة مبتدأة، لأنَّ محمدًا رحمه الله تعالىٰ مع أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ في تلك المسئلة في المشهور، ومع أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ في هذه المسئلة.

قوله: وَلَوِ انْكَسَرَ الإِبْرِيقُ فَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَ وَزْنِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ لَا يُجْبَرُ عَلَى الفِكَاكِ؛ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى أَنْ يَذْهَبَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِالْجَوْدَةِ - أي بالصياغة - وَلَا إِلَىٰ أَنْ يَفْتَكَّهُ مَعَ النُّقْصَانِ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ، أي بالرَّاهن، وهذا التعليل لا يطابق قوله: لا يجبر على الفكاك بظاهره، ووجه أن يقال لا يجبَر على الفكاك، لأنَّا لو قلنا بالجبر على الفكاك

الِانْفِرَاد، وَلَا إِلَىٰ أَنْ يَفْتَكَّهُ مَعَ النُّقْصَانِ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ فَخَيَّرْنَاهُ، إِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِمَا فِيهِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ مِنْ جِنْسِهِ أَوْ خِلَافِ جِنْسِهِ، وَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَ المُرْتَهِنِ، وَالْمَكْسُورُ لِلْمُرْتَهِنِ بِالضَّمَانِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ إِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ نَاقِصًا، وَإِنْ شَاءَ جَعَلَهُ بِالدَّيْنِ اعْتِبَارًا لِحَالَةِ الِانْكِسَارِ بِحَالَةِ الهَلَاكِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الفِكَاكُ مَجَّانًا صَارَ بِمَنْزِلَةِ الهَلَاكِ، وَفِي الهَلَاكِ الحَقِيقِيِّ مَضْمُونٌ بِالدَّيْنِ بِالْإِجْمَاعِ فَكَذَا فِيمَا هُوَ فِي مَعْنَاهُ قُلْنَا: الِاسْتِيفَاءُ عِنْدَ الهَلَاكِ بِالْمَالِيَّةِ، وَطَرِيقُهُ أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا بِالْقِيمَةِ ثُمَّ تَقَعُ المُقَاصَّةُ، وَفِي جَعْلِهِ بِالدَّيْنِ إِغْلَاقُ الرَّهْنِ وَهُوَ حُكْمٌ جَاهِلِيٌّ فَكَانَ التَّضْمِينُ بِالْقِيمَةِ أَوْلَىٰ وَفِي الوَجْهِ الثَّالِثِ وَهُوَ مَا إِذَا

لا يخلو إمَّا أن يجبر على الفكاك ببعض الدين أو بكلِّه، لا وجه إلى الأوَّل لأنه لا وجه إلىٰ أن يذهب شيء من الدين لأنه يصير قاضيًا دينه بالجودة على الانفراد، ولا إلى الثاني بما فيه من الضرر فخيَّرناه.

قوله: وَهٰذَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الفِكَاكُ مَجَّانًا، لأنه لا وجهَ إلىٰ أن يذهب شيء من الدين، ولا إلىٰ أن يفتكه من النقصان لِمَا فيه من الضرر بالرَّاهن فتعذَّر الفكاك أصلًا فصار بمنزلة الهلاك، وفي الهلاك الحقيقي مضمونٌ بالدين بالإجماع فكذا فيما هو في معناه، قلنا: طريق صيرورته مضمونًا بالدين أن يجعل مضمونًا بالقيمة بقدر الدين لأنه عقد استيفاء وسقوطُ الدين في الاستيفاء الحقيقي باعتبار أن يجعل مضمونًا بالقيمة عليه ثمَّ يقعُ المقاصة بين ما لَهُ وما عليه فكذا في الاستيفاء الحكميِّ، وجعله مضمونًا بالدين في حال قيام الرهن يؤدي إلىٰ إغلاق الرَّهن، وإنه حكمٌ جاهليٌّ مردودٌ في الشَّرع فصرنَ إلى التضمين بالقيمة لأنه لا يؤدي إلى الإغلاق لانتقال حكم الرهن إلىٰ مثله.

كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ وَزْنِهِ ثَمَانِيَةً يَضْمَنُ قِيمَتَهُ جَيِّدًا مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ أَوْ رَدِيئًا مِنْ جِنْسِهِ وَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ، وَهٰذَا بِالِاتِّفَاقِ أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ وَكَذٰلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُ حَالَةَ الِانْكِسَارِ بِحَالَةِ الهَلَاكِ، وَالْهَلَاكُ عِنْدَهُ بِالْقِيمَةِ وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ أَكْثَرَ مِنْ وَزْنِهِ اثْنَيْ عَشَرَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَضْمَنُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ وَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ العِبْرَةَ لِلْوَزْنِ عِنْدَهُ لَا لِلْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ فَإِنْ كَانَ بِاعْتِبَارِ الوَزْنِ كُلِّهِ مَضْمُونًا يُجْعَلُ كُلُّهُ مَضْمُونًا، وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُ فَبَعْضُهُ، وَهٰذَا لِأَنَّ الجَوْدَةَ تَابِعَةٌ لِلذَّاتِ، وَمَتَىٰ صَارَ الأَصْلُ مَضْمُونًا اسْتَحَالَ أَنْ يَكُونَ التَّابِعُ أَمَانَةً وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَضْمَنُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ

قوله: أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ، لأنَّ عندهما حالة الانكسار حالة التضمين بالقيمة بكلِّ حالٍ، فكذلك عند محمد رحمه الله تعالىٰ لأنه يعتبَر حالة الانكسار بحالة الهلاك، والهلاكُ عنده بالقيمة فيما إذا كانت قيمة القلب أقلَّ من وزنه.

قوله: اسْتَحَالَ أَنْ يَكُونَ التَّابِعُ أَمَانَةً، وهذا لأنَّ التبع لا يخالفُ الأصل، فلو كان كل الوزن مضمونًا يجعل كل الوصف مضمونًا، وإن كان بعض الوزن مضمونًا يجعل ما بإزائه من زيادة القيمة مضمونًا، حتّىٰ لو كان الدين عشرة مثلًا ووزن الرهن خمسة عشر وقيمته ثمانية عشر، فلو انكسر يضمن اثني عشر، لأنَّ بإزاء كل خمسةٍ واحدةٌ فيكون بإزاء العشرة اثنان، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ الصناعة كعين مالٍ قائمٍ فإنَّها معتبَرة عند المقابلة بخلاف جنسها، وفي تصرُّف المريض فإنه لو باعَ مائة من الجيد بمائةٍ من الرديء الذي قيمته خمسون لا يعتبَر من جميع المال بل من الثلث، ولو لم يكن للجودة اعتبار

قِيمَتِهِ، وَيَكُونُ خَمْسَةُ أَسْدَاسِ الإِبْرِيقِ لَهُ بِالضَّمَانِ وَسُدُسُهُ يُفْرَزُ حَتَّىٰ لَا يَبْقَىٰ الرَّهْنُ شَائِعًا، وَيَكُونُ مَعَ قِيمَتِهِ خَمْسَةُ أَسْدَاسِ المَكْسُورِ رَهْنًا؛ فَعِنْدَهُ تُعْتَبَرُ الجَوْدَةُ وَالرَّدَاءَةُ، وَتُجْعَلُ زِيَادَةُ القِيمَةِ كَزِيَادَةِ الوَزْنِ كَأَنَّ وَزْنَهُ اثْنَا عَشَرَ، وَهٰذَا لِأَنَّ الجَوْدَةَ مُتَقَوِّمَةٌ فِي ذَاتِهَا حَتَّىٰ تُعْتَبَرَ عِنْدَ المُقَابَلَةِ، بِخِلَافِ جِنْسِهَا، وَفِي تَصَرُّفِ المَرِيضِ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تُعْتَبَرُ عِنْدَ المُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا سَمْعًا فَأَمْكَنَ اعْتِبَارُهَا، وَفِي بَيَانِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ نَوْعُ طُولٍ يُعْرَفُ فِي مَوْضِعِهِ مِنَ المَبْسُوطِ وَالزِّيَادَاتِ مَعَ جَمِيعِ شُعَبِهَا.

لاعتبر من الجميع كما في البيع الخالي من المحاباة، ولهذا قال: **يَضْمَنُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ قِيمَتِهِ، وَيَكُونُ خَمْسَةُ أَسْدَاسِ الإِبْرِيقِ لَهُ بِالضَّمَانِ وَسُدُسُهُ يُفْرَزُ حَتَّىٰ لَا يَبْقَى الرَّهْنُ شَائِعًا**، لأنَّ الشيوع الطارئَ في ظاهر الرواية كالشيوع المقارن لِمَا مرَّ، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنَّ الشيوع الطارئ لا يمنع فلا يحتاج إلى التميز.

قوله: **وَفِي بَيَانِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ نَوْعُ طُولٍ**، وهو أنَّ عند محمد رحمه الله تعالى إن انتقص بالانكسار درهمٌ أو درهمان يجبَر الراهن على الفكاك بقضاء الدين، وإن انتقص أكثر من ذلك يخير الراهن، فإن شاء جعله للمرتَهن بدينه، وإن شاء استَرده بقضاء جميع الدين، لأنَّ من أصله أنَّ الضمان في الوزن، والأمانة في الجودة والصنعة باعتبار أنَّ الجودة والصنعة تابعةٌ للوزن، وصفة الأمانة في المرهون كذلك، فيجعل الأصل بمقابلة الأصل والتبع بمقابلة التبع، وهذا لأنَّ الصنعة مالٌ من وجهٍ كما قرَّره أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ أنَّها مالٌ تبعًا للأصل، ولكن ليسَ له حكم المالية والتقوم منفردًا عن الأصل، كما أنَّ حكم الرهن فيما هو أمانةٌ ثابتٌ من وجهٍ وهو الحبس بالدين وليس بثابت في حكم الضمان، فإذا كانت الأمانة ههنا في الجودة والصنعة قلنا إذا لم ينتقص بالانكسار

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَىٰ أَنْ يَرْهَنَهُ الْمُشْتَرِي شَيْئًا بِعَيْنِهِ جَازَ اسْتِحْسَانًا) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ، وَعَلَىٰ هٰذَا القِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ إِذَا بَاعَ شَيْئًا عَلَىٰ أَنْ يُعْطِيَهُ كَفِيلًا مُعَيَّنًا حَاضِرًا فِي المَجْلِسِ فَقَبِلَ، وَجْهُ القِيَاسِ أَنَّهُ صَفْقَةٌ فِي صَفْقَةٍ وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِهِمَا، وَمِثْلُهُ يُفْسِدُ البَيْعَ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ شَرْطٌ مُلَائِمٌ لِلْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الكَفَالَةَ وَالرَّهْنَ لِلِاسْتِيثَاقِ وَأَنَّهُ يُلَائِمُ الوُجُوبَ، فَإِذَا كَانَ الكَفِيلُ حَاضِرًا فِي المَجْلِسِ وَالرَّهْنُ مُعَيَّنًا اعْتَبَرْنَا فِيهِ المَعْنَىٰ وَهُوَ

أكثر من قدر الدرهمين فالفائت ما كان أمانة فخُيِّر الراهن على الفكاك، وإن كان انتقص أكثر من ذلك فقد فاتَ شيء من المضمون، وحالة الانكسار عند محمد رحمه الله تعالىٰ معتبَرةٌ بحالة الهلاك، وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيًا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونًا بالدين ويتخيَّر الراهن كما بينا، كذا في المبسوط.

قوله: وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَىٰ أَنْ يَرْهَنَهُ الْمُشْتَرِي شَيْئًا بِعَيْنِهِ جَازَ اسْتِحْسَانًا، ولو لم يكن معينًا كان العقد فاسدًا قياسًا واستحسانًا.

قوله: حَاضِرًا فِي المَجْلِسِ فَقَبِلَ، أي الكفيل الكفالة.

قوله: وَلِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ، لأنَّ ما يقتضيه العقد يجب بالعقد دون الشرط، كتسليم المبيع على البائع، أو تسليم الثمن على المشتري.

قوله: وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِهِمَا، أي للبائع.

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ شَرْطٌ مُلَائِمٌ لِلْعَقْدِ، لأنَّ المقصود بالكفالة والرهن التوثيق بالثمن، فاشتراطها في معنى اشتراط زيادة وصف الجودة في الثَّمن، فَإِذَا كَانَ

مُلَائِمٌ فَصَحَّ العَقْدُ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الرَّهْنُ وَلَا الكَفِيلُ مُعَيَّنًا أَوْ كَانَ الكَفِيلُ غَائِبًا حَتَّىٰ افْتَرَقَا لَمْ يَبْقَ مَعْنَىٰ الكَفَالَةِ وَالرَّهْنِ لِلْجَهَالَةِ فَبَقِيَ الِاعْتِبَارُ لِعَيْنِهِ فَيَفْسُدُ، وَلَوْ كَانَ غَائِبًا فَحَضَرَ فِي المَجْلِسِ وَقَبِلَ صَحَّ (وَلَوِ امْتَنَعَ المُشْتَرِي عَنْ تَسْلِيمِ الرَّهْنِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ) وَقَالَ زُفَرُ: يُجْبَرُ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ إِذَا شُرِطَ فِي البَيْعِ صَارَ حَقًّا مِنْ حُقُوقِهِ كَالْوَكَالَةِ المَشْرُوطَةِ فِي الرَّهْنِ فَيَلْزَمُهُ بِلُزُومِهِ وَنَحْنُ نَقُولُ: الرَّهْنُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ مِنْ جَانِبِ الرَّاهِنِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ وَلَا جَبْرَ عَلَى التَّبَرُّعَاتِ (وَلٰكِنَّ البَائِعَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ رَضِيَ بِتَرْكِ الرَّهْنِ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ البَيْعَ) ؛ لِأَنَّهُ وَصْفٌ مَرْغُوبٌ

الكَفِيلُ حَاضِرًا فِي المَجْلِسِ وَالرَّهْنُ مُعَيَّنًا اعْتَبَرْنَا فِيهِ المَعْنَى، أي معنى الشرط وهو الملائمة فيصح العقد.

قوله: فَبَقِيَ الِاعْتِبَارُ لِعَيْنِهِ فَيَفْسُدُ، أي لعين الشرط، لأنه لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة، لأنه لمَّا كان مجهولًا يكون المشتري بسبيلٍ من أن يرهن شيئًا يساوي عشر حقه، أو يعطىٰ كفيلًا غير مليءٍ، وليسَ فيه من التوثيق شيءٌ فبقيت العبْرة لعينه، وإنه إدخال صفقة في صفقةٍ فيفسد به العقد.

قوله: صَارَ حَقًّا مِنْ حُقُوقِهِ كَالْوَكَالَةِ المَشْرُوطَةِ، أي الرهن ثبتَ في ضمن عقدٍ لازمٍ وهو البيعُ فيصير الوفاءُ به مستحقًّا، كما إذا وكل الراهن العدل أو المرتَهن ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة لازمةٌ ولا يملك الراهن عزله عنها، ونحن نقول: الرهن عقد تبرُّعٍ من جانب الراهن ولا جبْر على المتبرِّع، وإنَّما صار حقًّا من حقوقه إذا وجدَ ولم يوجد بعدُ، والوعدُ بالرهن لا يكون فوق الرهن، ولو رهنه لا يلزم ما لم يسلم فلأَن لا يعتبَر لازمًا بالوعد أوْلىٰ.

فِيهِ وَمَا رَضِيَ إِلَّا بِهِ فَيَتَخَيَّرُ بِفَوَاتِهِ (إِلَّا أَنْ يَدْفَعَ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ حَالًّا) لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ (أَوْ يَدْفَعَ قِيمَةَ الرَّهْنِ رَهْنًا) ؛ لِأَنَّ يَدَ الِاسْتِيفَاءِ تَثْبُتُ عَلَى الْمَعْنَىٰ وَهُوَ الْقِيمَةُ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ ثَوْبًا بِدَرَاهِمَ فَقَالَ لِلْبَائِعِ أَمْسِكْ هٰذَا الثَّوْبَ حَتَّىٰ أُعْطِيَكَ الثَّمَنَ فَالثَّوْبُ رَهْنٌ) ؛ لِأَنَّهُ أَتَىٰ بِمَا يُنْبِئُ عَنْ مَعْنَىٰ الرَّهْنِ وَهُوَ الْحَبْسُ إِلَىٰ وَقْتِ الإِعْطَاءِ، وَالْعِبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعَانِي حَتَّىٰ كَانَتِ الْكَفَالَةُ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الأَصِيلِ حَوَالَةً، وَالْحَوَالَةُ فِي ضِدِّ ذٰلِكَ كَفَالَةٌ وَقَالَ زُفَرُ: لَا يَكُونُ رَهْنًا، وَمِثْلُهُ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: أَمْسِكْ يَحْتَمِلُ الرَّهْنَ وَيَحْتَمِلُ الإِيدَاعَ، وَالثَّانِي أَقَلُّهُمَا فَيَقْضِي بِثُبُوتِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا

قوله: أَوْ يَدْفَعَ قِيمَةَ الرَّهْنِ رَهْنًا، وفي بعض الفوائد: المرادُ بالقيمة الدراهم والدنانير، لأنَّ قيمة الشيء ما يقوم مقامه وكأنَّها هو، وأمَّا إذا أرادَ أن يرهن مكانه عينًا آخر فحينئذٍ يحتاج إلىٰ رضا المرتَهن.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَىٰ ثَوْبًا بِدَرَاهِمَ فَقَالَ لِلْبَائِعِ أَمْسِكْ هٰذَا الثَّوْبَ حَتَّىٰ أُعْطِيَكَ الثَّمَنَ فَالثَّوْبُ رَهْنٌ، ذكر في بعض الحواشي: أي ثوبًا آخر غير المبيع، وذكر الإمام التمرتاشي في الجامع الصغير: اشترىٰ ثوبًا وقبضه ثمَّ أعطى البائع وقال له: أمسك بثمنك، أو قال: أمسكه رهنًا حتَّىٰ أعطيكَ ثمنكَ فهو رهنٌ في القولين، فعُلِم بهذا أنه لا تفاوتَ بين أن يشير بقوله إلىٰ ثوبٍ آخر أو ثوب اشتَراه وقبضه، لأنَّ الثوبَ لمَّا اشتَراه وقبضه كان هو وسائر الأعيان المملوكة سواءً في صحة الرهن.

قوله: وَالْحَوَالَةُ فِي ضِدِّ ذٰلِكَ، أي الحوالةُ بشرط مطالبة الأصيل كفالةٌ.

قَالَ: أَمْسِكْهُ بِدَيْنِكَ أَوْ بِمَالِكَ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قَابَلَهُ بِالدَّيْنِ فَقَدْ عَيَّنَ جِهَةَ الرَّهْنِ قُلْنَا: لَمَّا مَدَّهُ إِلَى الإِعْطَاءِ عَلِمَ أَنَّ مُرَادَهُ الرَّهْنُ.

قوله: **لَمَّا مَدَّهُ إِلَى الإِعْطَاءِ**، أي مدَّ إمساك الثوب إلىٰ وقت إعطاء الثمن عَلِمَ أنَّ مراده الرهن، لأنه حكم الرهن هو الحبس الدائم إلىٰ وقت الفكاك، فإذا صرَّح بِهذا عُلِم أنَّ مراده الرهن، وذلك لأنَّ التصريح بموجب العقد كالتصريح بلفظه فكأنَّه قيل: رهنتك بالثمن، ألا ترىٰ أنه لو قال: ملكتك هذا الثوبَ بعشرة، كان هذا وقوله: بعتك بالعشرة، سواءً، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

فَصْلٌ: [فِي رَهْنِ العَبْدَيْنِ بِقِيمَةٍ مُعَيَّنَةٍ فَيَقْبِضُ حِصَّةَ أَحَدِهِمَا]

(وَمَنْ رَهَنَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفٍ فَقَضَىٰ حِصَّةَ أَحَدِهِمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ حَتَّىٰ يُؤَدِّيَ بَاقِيَ الدَّيْنِ) وَحِصَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَخُصُّهُ إِذَا قُسِّمَ الدَّيْنُ عَلَىٰ قِيمَتِهِمَا، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ مَحْبُوسٌ بِكُلِّ الدَّيْنِ فَيَكُونُ مَحْبُوسًا بِكُلِّ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهِ مُبَالَغَةً فِي حَمْلِهِ عَلَىٰ قَضَاءِ الدَّيْنِ وَصَارَ كَالْمَبِيعِ فِي يَدِ البَائِعِ، فَإِنْ سَمَّىٰ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَعْيَانِ الرَّهْنِ شَيْئًا مِنَ المَالِ الَّذِي رَهَنَهُ بِهِ، فَكَذَا الجَوَابُ فِي رِوَايَةِ الأَصْلِ: وَفِي الزِّيَادَاتِ:

فصل: [في رهن العبدين بقيمة معينة فيقبض حصّة أحدهما]

قوله: مُبَالَغَةً فِي حَمْلِهِ عَلَىٰ قَضَاءِ الدَّيْنِ، لأنَّ قصد المرتَهن إضجار الراهن ليتسارع إلىٰ قضاء الدين، فلو تفرَّد الراهن بالتفريق يأخذ ما يحتاجُ إليه ويتكاسل في قضاء الباقي فلا يحصل المقصود، ولهذا إذا نقدَ المشتري بعضَ الثمن وأرادَ أن يأخذ بعض المبيع لا يملك ذلك فكذا هنا، والجامعُ أنَّ كل واحد من المبيع والمرهون محبوسٌ بكل الدين والثمن فيكون محبوسًا بكلِّ جزءٍ من أجزائهما ليكون حاملًا له علىٰ قضائهما.

قوله: فَإِنْ سَمَّىٰ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَعْيَانِ الرَّهْنِ شَيْئًا مِنَ المَالِ الَّذِي رَهَنَهُ بِهِ، بأن قال: رهنتكَ هذين العبدين وكل واحد منهما بخمس مائة وسلمهما إليه ثمَّ نقدَ خمس مائةٍ وقال أدَّيتُ عن هذا العبد وأرادَ أن يأخذ ذلك العبد فكذا الجواب في رواية الأصل، أي لم

لَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ إِذَا أَدَّىٰ مَا سَمَّىٰ لَهُ، وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ العَقْدَ مُتَّحِدٌ لَا يَتَفَرَّقُ بِتَفَرُّقِ التَّسْمِيَةِ كَمَا فِي المَبِيعِ، وَجْهُ الثَّانِي أَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى الِاتِّحَادِ؛ لِأَنَّ أَحَدَ العَقْدَيْنِ لَا يَصِيرُ مَشْرُوطًا فِي الآخَرِ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ قَبِلَ الرَّهْنَ فِي أَحَدِهِمَا جَازَ.

يكن له ذلك، وفي رواية الزيادات وقيل: الأصح له ذلك.

قوله: وَجْهُ الأَوَّلِ - أي وجه رواية الأصل - أَنَّ العَقْدَ مُتَّحِدٌ - لاتحاد الموجب والقابل، وعند اتحادهما - لَا يَتَفَرَّقُ - العقد - بِتَفَرُّقِ التَّسْمِيَةِ كَمَا فِي المَبِيعِ، وَجْهُ الثَّانِي، أي وجه رواية الزيادات وهو الأصح أنَّ البيع لا يتفرَّق بتفرق التسمية عند اتحاد العاقدين والرهن يتفرَّق، ولهذا لو قبل المشتري البيعَ في أحدهما دون الآخر لا يصحُّ، ولو قبل المرتَهن العقد في أحدهما عند تفرُّق التسيمة صحَّ، وإنَّما افترَقا لأنَّ ضم الرديء إلى الجيِّد متعارفٌ في البيع، فلو تفرَّق البيعُ بتفرُّق التسمية صحَّ وكان للمشتري أن يقبل في أحدهما فيقبل الجيد فيتضرَّر به البائع، ولو تفرَّق الرهن بتفرقَ التسمية لا يتضرَّر به الراهن لأنَّ الحكم لا يتفاوتُ في ذلك إذ هو مضمونٌ بما قابله من الدين سواءٌ كان وحده أو مع غيره، ولأنَّ في البيع إذا جمع بينهما لو تفرَّقت الصفقة تصير الثانية شرطًا في الاوَّل وهو شرطٌ فاسدٌ والبيع يفسد به، أمَّا الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لأنه تبرُّع كالهبة، ولأنَّ البيعَ عقد تمليكٍ والهلاك قبل التسليم مبطلٌ للبيع، فبعد ما نقد المشتري بعض الثمن أو تمكَّن من قبض بعض المعقود عليه أدَّى إلىٰ تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقي فيفسخ البيع به، بخلاف الرهن فإنَّ بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به، كما أنَّ بافتكاك الرهن ينتهي حكم الرهن، فلو تمكَّن من استِرداد البعض عند قضاء بعض الدين لا يؤدِّي ذلك إلى تفريق الصفقة، لأنَّ أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم

قَالَ: (فَإِنْ رَهَنَ عَيْنًا وَاحِدَةً عِنْدَ رَجُلَيْنِ بِدَيْنٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ جَازَ، وَجَمِيعُهَا رَهْنٌ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا) ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ أُضِيفَ إِلَىٰ جَمِيعِ العَيْنِ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَا شُيُوعَ فِيهِ، وَمُوجِبُهُ صَيْرُورَتُهُ مُحْتَبِسًا بِالدَّيْنِ، وَهٰذَا مِمَّا لَا يَقْبَلُ الوَصْفَ بِالتَّجَزِّي فَصَارَ مَحْبُوسًا بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَهٰذَا بِخِلَافِ الهِبَةِ مِنْ رَجُلَيْنِ حَيْثُ لَا تَجُوزُ عِنْدَ أَبِي

الرهن، فإن قيل: هذا في حالة الإجمال موجودٌ؟ قلنا: نعم ولكن في حالة الإجمال حصة كل واحد من العبدين من الدين غير معلومٍ بيقينٍ، فأمَّا عند التفصيل ما رهنَ به كل عبد معلومٌ بالتسمية، فلهذا تمكَّن من فكاك البعض بقضاء الدين.

قوله: فَإِنْ رَهَنَ عَيْنًا وَاحِدَةً عِنْدَ رَجُلَيْنِ بِدَيْنٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ جَازَ، سواءٌ كانا شريكين فيه أو لا، وجميعها رهن عند كلِّ واحد منهما لأنَّ الرهن أضيفَ إلىٰ كل العين في صفقةٍ واحدةٍ ولا شيوعَ في المحل باعتبار تعدُّد المستحق، وموجبه صيرورته محتبسًا بالدين، وهذا ممَّا لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسًا بدين كلِّ واحد منهما، وكان استحقاق الحبس لهما استحقاقًا واحدًا من غير انقسامٍ بينهما.

قوله: وَهٰذَا بِخِلَافِ الهِبَةِ مِنْ رَجُلَيْنِ، لأنَّ موجب الهبة ثبوت الملك والشيء الواحد يستحيلُ أن يكون كله مملوكًا لرجلين لكلِّ واحد منهما على الكمال في زمانٍ واحدٍ فدخل فيه الشيوع ضرورةً، فأمَّا حكم الرهن هو الحبس، والعين الواحدة يجوز أن تكون محبوسةً بحقِّ كل واحد منهما على الكمال، إذ لا تضايقَ في استحقاق الحبس لهما استحقاقًا واحدًا من غير انقسام بينهما، ألا ترىٰ أنَّ الرهن الواحد لا ينقسم علىٰ أجزاء الدين بل يكون محبوسًا كله بكله وبكل جزءٍ منه، فكذا هنا تكون العين محبوسةً بحقِّهما وبحقِّ كل واحدٍ منهما فلا يدخل فيه الشيوع.

حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - (فَإِنْ تَهَايَآ فَكُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَوْبَتِهِ كَالْعَدْلِ فِي حَقِّ الآخَرِ).

قَالَ: (وَالْمَضْمُونُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حِصَّتُهُ مِنَ الدَّيْنِ) ؛ لِأَنَّ عِنْدَ الهَلَاكِ يَصِيرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسْتَوْفِيًا حِصَّتَهُ؛ إِذِ الِاسْتِيفَاءُ مِمَّا يَتَجَزَّأُ.

قَالَ: (فَإِنْ أَعْطَىٰ أَحَدُهُمَا دَيْنَهُ كَانَ كُلُّهُ رَهْنًا فِي يَدِ الآخَرِ) ؛ لِأَنَّ جَمِيعَ العَيْنِ رَهْنٌ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ غَيْرِ تَفَرُّقٍ وَعَلَىٰ هٰذَا حَبْسُ المَبِيعِ إِذَا أَدَّىٰ أَحَدُ المُشْتَرِيَيْنِ حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمَنِ.

قَالَ: (وَإِنْ رَهَنَ رَجُلَانِ بِدَيْنٍ عَلَيْهِمَا رَجُلًا رَهْنًا وَاحِدًا فَهُوَ جَائِزٌ وَالرَّهْنُ رَهْنٌ بِكُلِّ الدَّيْنِ، وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُمْسِكَهُ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ جَمِيعَ الدَّيْنِ) ؛ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ يَحْصُلُ فِي الكُلِّ مِنْ غَيْرِ شُيُوعٍ (فَإِنْ أَقَامَ الرَّجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ رَهَنَهُ عَبْدَهُ الَّذِي فِي يَدِهِ وَقَبَضَهُ فَهُوَ بَاطِلٌ) ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ أَنَّهُ رَهَنَهُ كُلَّ العَبْدِ، وَلَا وَجْهَ

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا حَبْسُ المَبِيعِ، إذا اشترىٰ رجلان من رجلٍ فأدَّىٰ أحدهما حصته لم يكن له أن يقبض شيئًا، فكان للبائع أن يحبس المبيعَ حتى يستوفي ما على الآخر.

قوله: فَإِنْ أَقَامَ الرَّجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ رَهَنَهُ عَبْدَهُ الَّذِي فِي يَدِهِ وَقَبَضَهُ، صورة المسئلة: رجلٌ في يده عبدٌ فادَّعاه رجلان كلُّ واحد منهما يقول لذي اليد: قد رهنتني بألف درهم وقبضته منكَ ثمَّ أخذت مني بطريق العارية أو الغصب وأقاما البينةَ على ما ادَّعيا فهو باطلٌ.

إِلَى القَضَاءِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْكُلِّ؛ لِأَنَّ العَبْدَ الوَاحِدَ يَسْتَحِيلُ أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ رَهْنًا لِهٰذَا وَكُلُّهُ رَهْنًا لِذٰلِكَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَا إِلَى القَضَاءِ بِكُلِّهِ لِوَاحِدٍ بِعَيْنِهِ لِعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ، وَلَا إِلَى القَضَاءِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالنِّصْفِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الشُّيُوعِ فَتَعَذَّرَ العَمَلُ بِهِمَا وَتَعَيَّنَ التَّهَاتُرُ وَلَا يُقَالُ: إِنَّهُ يَكُونُ رَهْنًا لَهُمَا كَأَنَّهُمَا ارْتَهَنَاهُ مَعًا إِذَا جُهِلَ التَّارِيخُ بَيْنَهُمَا، وَجُعِلَ فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ هٰذَا وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ، لِأَنَّا نَقُولُ: هٰذَا عَمَلٌ عَلَىٰ خِلَافِ مَا اقْتَضَتْهُ الحُجَّةُ؛ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ حَبْسًا يَكُونُ وَسِيلَةً إِلَىٰ مِثْلِهِ فِي الِاسْتِيفَاءِ، وَبِهٰذَا القَضَاءِ يَثْبُتُ حَبْسٌ يَكُونُ وَسِيلَةً إِلَىٰ شَطْرِهِ فِي الِاسْتِيفَاءِ، وَلَيْسَ هٰذَا عَمَلًا عَلَىٰ وَفْقِ الحُجَّةِ، وَمَا ذَكَرْنَاهُ وَإِنْ كَانَ قِيَاسًا لٰكِنَّ مُحَمَّدًا أَخَذَ بِهِ لِقُوَّتِهِ، وَإِذَا وَقَعَ بَاطِلًا فَلَوْ هَلَكَ يَهْلِكُ أَمَانَةً؛ لِأَنَّ البَاطِلَ لَا حُكْمَ لَهُ.

قَالَ: (وَلَوْ مَاتَ الرَّاهِنُ وَالْعَبْدُ فِي أَيْدِيهِمَا فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَىٰ مَا وَصَفْنَاهُ كَانَ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ رَهْنًا يَبِيعُهُ بِحَقِّهِ اسْتِحْسَانًا) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَفِي القِيَاسِ: هٰذَا

قوله: كَأَنَّهُمَا ارْتَهَنَاهُ مَعًا إِذَا جُهِلَ التَّارِيخُ بَيْنَهُمَا، أصله العرقي والحرقي والهدمي.

قوله: وَمَا ذَكَرْنَاهُ وَإِنْ كَانَ قِيَاسًا لٰكِنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَخَذَ بِهِ لِقُوَّتِهِ، ووجه الاستحسان ضعيفٌ لأنَّ ذلك عملٌ علىٰ خلاف ما قامت به البينة لأنَّ كلَّ واحد منهما أثبَت لنفسه حبسًا وهو طريقٌ إلىٰ مثله من الاستيفاء، ولو جعلناه كالرهن من اثنين فقضينا

بَاطِلٌ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّ الحَبْسَ لِلِاسْتِيفَاءِ حُكْمٌ أَصْلِيٌّ لِعَقْدِ الرَّهْنِ فَيَكُونُ القَضَاءُ بِهِ قَضَاءً بِعَقْدِ الرَّهْنِ وَأَنَّهُ بَاطِلٌ لِلشُّيُوعِ كَمَا فِي حَالَةِ الحَيَاةِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ العَقْدَ لَا يُرَادُ لِذَاتِهِ، وَإِنَّمَا يُرَادُ لِحُكْمِهِ، وَحُكْمُهُ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ الحَبْسُ وَالشُّيُوعُ يَضُرُّهُ، وَبَعْدَ المَمَاتِ الِاسْتِيفَاءُ بِالْبَيْعِ فِي الدَّيْنِ وَالشُّيُوعُ لَا يَضُرُّهُ، وَصَارَ كَإِذَا ادَّعَىٰ الرَّجُلَانِ نِكَاحَ امْرَأَةٍ أَوِ ادَّعَتْ أُخْتَانِ النِّكَاحَ عَلَىٰ رَجُلٍ وَأَقَامُوا البَيِّنَةَ تَهَاتَرَتْ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ وَيُقْضَىٰ بِالْمِيرَاثِ بَيْنَهُمْ بَعْدَ المَمَاتِ؛ لِأَنَّهُ يَقْبَلُ الِانْقِسَامَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

لكلِّ واحدٍ بحبسٍ هو طريقٌ إلىٰ شطره من الاستيفاء والحكم بخلاف الحجة باطلٌ.

قوله: فَيَكُونُ القَضَاءُ بِهِ - أي القضاء بالحبس للاستيفاء - قَضَاءً بِعَقْدِ الرَّهْنِ وَأَنَّهُ بَاطِلٌ لِلشُّيُوعِ كَمَا فِي حَالَةِ الحَيَاةِ، وجه الاستحسان أنَّ المقصودَ بعد موت الرَّاهن إثبات الاختصاص وهو كونه أحقُّ به من سائر الغرماء دون الحبس، وكلُّ واحد منهما أثبت لنفسه الاختصاص بالعين، حتَّىٰ يُباع له في دينه، وهذا ممَّا يحتمل الشركةُ فيقضى لكلِّ واحد منهما بالنصف، فأمَّا في حالة الحياة فالمقصود هو الحبس وذا ممَّا لا يحتملُ الشركة في العين، إذ الشائع لا يدومُ حبسه وهو نظيرُ ما لو ادَّعىٰ رجلان نكاح امرأةٍ بعد موتِها وأقامَ كلُّ واحد منهما البينةَ يقضىٰ لكلِّ واحد منهما بنصف ميراث الزوج، بخلاف حال الحياة، وكذا لو ادَّعت أختان نكاح رجل بعد موته وأقامتا البينة يقضىٰ لكلِّ واحدة منهما بالمهر وبنصف ميراث النساء، بخلاف حالة الحياة، لأنَّ الميراث هو المقصود بعد الموت وهو مالٌ يتحمل الشيوع والشركة، بخلاف حالة الحياة، لأنَّ المقصود ثمَّ الحل وهو لا يقبل الاشتِراك، والله تعالىٰ أعلم.

بَابُ الرَّهْنِ الَّذِيْ يُوْضَعُ عَلَىٰ يَدِ العَدْلِ

قَالَ: (وَإِذَا اتَّفَقَا عَلَىٰ وَضْعِ الرَّهْنِ عَلَىٰ يَدِ العَدْلِ جَازَ وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ) ذَكَرَ قَوْلَهُ فِي بَعْضِ النُّسَخِ؛ لِأَنَّ يَدَ العَدْلِ يَدُ المَالِكِ وَلِهٰذَا يَرْجِعُ العَدْلُ عَلَيْهِ عِنْدَ الِاسْتِحْقَاقِ فَانْعَدَمَ القَبْضُ، وَلَنَا أَنَّ يَدَهُ عَلَى الصُّورَةِ

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

قوله: وَإِذَا اتَّفَقَا عَلَىٰ وَضْعِ الرَّهْنِ عَلَىٰ يَدِ العَدْلِ جَازَ، وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَا يَجُوزُ ... لِأَنَّ يَدَ العَدْلِ يَدُ المَالِكِ وَلِهٰذَا يَرْجِعُ العَدْلُ عَلَيْهِ، أي على الراهن دون المرتَهن عند الاستحقاق بأن هلك الرهن في يد العدل ثمَّ استحقَّه رجلٌ فانعدمَ القبضُ، وقوله في هذا الباب: فَانْعَدَمَ القَبْضُ، مشعرٌ باشتِراط القبض عند مالك رحمه الله تعالىٰ، وقد ذكر في أول كتاب الرهن، وقال مالك رحمه الله تعالىٰ: يلزم بنفس العقد وهو نصٌّ علىٰ عدم اشتِراطه فكأنَّ له قولين في اشتراطه، وذكر في المبسوط وشرح الأقطع ابن أبي ليلىٰ مكان مالك رحمه الله تعالىٰ ههنا، وفي المبسوط: قال ابن أبي ليلىٰ: لا يتمُّ الرهن بقبض العدل، حتى إذا هلك الرهن في يد العدل لم يسقط الدين، وإن ماتَ الراهن فالمرتَهن أسْوَة للغرماء فيه، ولنا أنَّ قبض العدل كقبض المرتَهن فيتمُّ به الرهن، وهذا لأنَّ اليدَ في باب الرهن على الصُّورة أمانةٌ وعلى المعنىٰ مضمونةٌ فكانت يده على الصورة يد المالك في الحفظ، وعلى المعنىٰ وهو المالية يد المرتَهن لأنَّ يده يدَ ضمانٍ، والمضمون هو المالية فنزل العدل منزلتهما تحقيقًا لغرضهما، ويجوز أن تجعل لليد الواحدة حكم

يَدُ المَالِكِ فِي الحِفْظِ؛ إِذِ العَيْنُ أَمَانَةٌ، وَفِي حَقِّ المَالِيَّةِ يَدُ المُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّ يَدَهُ يَدُ ضَمَانٍ وَالْمَضْمُونُ هُوَ المَالِيَّةُ فَنُزِّلَ مَنْزِلَةَ الشَّخْصَيْنِ تَحْقِيقًا لِمَا قَصَدَاهُ مِنَ الرَّهْنِ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ العَدْلُ عَلَى المَالِكِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ فِي حِفْظِ العَيْنِ كَالْمُودَعِ.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ وَلَا لِلرَّاهِنِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهُ) لِتَعَلُّقِ حَقِّ الرَّاهِنِ فِي الحِفْظِ بِيَدِهِ وَأَمَانَتِهِ وَتَعَلُّقِ حَقِّ المُرْتَهِنِ بِهِ اسْتِيفَاءً فَلَا يَمْلِكُ أَحَدُهُمَا إِبْطَالَ حَقِّ الآخَرِ (فَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ هَلَكَ فِي ضَمَانِ المُرْتَهِنِ) ؛ لِأَنَّ

اليدين، كما قالوا فيمن عجَّل زكاة ماله إلى الساعي كان يد الساعي يد صاحب المال من وجهٍ، حتَّىٰ لو انتقصَ النصابُ قبل حولان الحول أو هلكَ النصابُ كان لصاحب المال استِرداد ما دفعه إلى الساعي إذا كان ما دفعه إليه قائمًا في يده ويد الفقير من وجهٍ، حتَّىٰ لو هلكت الزكاة في يد الساعي وبقي النصاب إلىٰ آخر الحول يقع المؤدَّىٰ زكاةً، كما لو دفعه إلى الفقير فكذلك يد العدل ههنا، فإن كان يرجع بضمان الاستحقاق على الراهن فذلك لا يدلُّ علىٰ أنَّ يده يد الراهن لا غير، كالمرتَهن إذا هلك الرهن في يده ثمَّ استحقها مستحق وضمنه فإنه يرجع على الراهن بما ضمن وبدينه على ما يجيء في آخر هذا الباب، ثمَّ إنَّما لا يرجع العدلُ على المرتَهن بضمان الاستحقاق مع أنَّ العدل نائبٌ عن المرتَهن في القبض للحبس له، لأنَّ المستحقَّ إنَّما يضمن للعدل بضمان الغصب، والغصب إنَّما يتحقَّقُ بالنقل والتحويل ولم يوجد من المرتَهن نقلٌ ولا تحويلٌ لا حقيقةً ولا حكمًا، بل وجدَ نقل العين من العدل والعدلُ في حقِّ العين نائبٌ عن الراهن وفي حقِّ المالية نائبٌ عن المرتَهن فكانت العبْرةُ لنقل العين، لأنَّ العين هو الأصل فلذلك رجع بضمان الاستحقاق على الراهن دون المرتَهن.

يَدَهُ فِي حَقِّ المَالِيَّةِ يَدُ المُرْتَهِنِ وَهِيَ المَضْمُونَةُ (وَلَوْ دَفَعَ العَدْلُ إِلَى الرَّاهِنِ أَوِ المُرْتَهِنِ ضَمِنَ) ؛ لِأَنَّهُ مُودَعُ الرَّاهِنِ فِي حَقِّ العَيْنِ وَمُودَعُ المُرْتَهِنِ فِي حَقِّ المَالِيَّةِ وَأَحَدُهُمَا أَجْنَبِيٌّ عَنِ الآخَرِ، وَالْمُودَعُ يَضْمَنُ بِالدَّفْعِ إِلَى الأَجْنَبِيِّ (وَإِذَا ضَمِنَ العَدْلُ قِيمَةَ الرَّهْنِ بَعْدَ مَا دَفَعَ إِلَىٰ أَحَدِهِمَا وَقَدِ اسْتَهْلَكَهُ المَدْفُوعُ عَلَيْهِ أَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ لَا يَقْدِرُ أَنْ يَجْعَلَ القِيمَةَ رَهْنًا فِي يَدِهِ) ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ قَاضِيًا وَمُقْتَضِيًا وَبَيْنَهُمَا تَنَافٍ، لٰكِنْ يَتَّفِقَانِ عَلَىٰ أَنْ يَأْخُذَاهَا مِنْهُ وَيَجْعَلَاهَا رَهْنًا عِنْدَهُ أَوْ عِنْدَ غَيْرِهِ، وَلَوْ تَعَذَّرَ اجْتِمَاعُهُمَا يَرْفَعُ أَحَدُهُمَا إِلَى القَاضِي لِيَفْعَلَ كَذٰلِكَ، وَلَوْ فَعَلَ ذٰلِكَ ثُمَّ قَضَىٰ الرَّاهِنُ الدَّيْنَ وَقَدْ ضَمِنَ العَدْلُ القِيمَةَ بِالدَّفْعِ إِلَى الرَّاهِنِ فَالْقِيمَةُ سَالِمَةٌ لَهُ لِوُصُولِ المَرْهُونِ إِلَى الرَّاهِنِ وَوُصُولِ الدَّيْنِ إِلَى المُرْتَهِنِ وَلَا يَجْتَمِعُ البَدَلُ وَالْمُبْدَلُ فِي مِلْكٍ وَاحِدٍ (وَإِنْ كَانَ ضَمِنَهَا بِالدَّفْعِ إِلَى

قوله: لَا يَقْدِرُ أَنْ يَجْعَلَ القِيمَةَ رَهْنًا فِي يَدِهِ، أي لا يقدرُ العدل أن يجعل القيمة رهنًا في يده لأنَّ القيمة وجبت دينًا في ذمَّته، ولو جعلها هنا في يده صار الواحد قاضيًا ومقتضيًا ما عليه وبينهما تنافٍ، ولكن يتفقان علىٰ أن يأخذاها منه ويجعلاها رهنًا عنده أو عند غيره، وإن تعذَّر اجتماعهما يرفعُ أحدهما الأمر إلى القاضي ليفعل كذلك، ولو فعل ذلك أي جعلت القيمة في يد العدل.

قوله: فَالْقِيمَةُ سَالِمَةٌ لَهُ، أي للعدل.

قوله: وَإِنْ كَانَ ضَمِنَهَا بِالدَّفْعِ إِلَى المُرْتَهِنِ، أي وإن كان العدلُ يضمن القيمة بسبب الدفع إلى المرتَهن كان للرَّاهن أن يأخذ القيمة منه، فهل يرجع العدل بعد ذلك على

الْمُرْتَهِنِ فَالرَّاهِنُ يَأْخُذُ القِيمَةَ مِنْهُ) ؛ لِأَنَّ العَيْنَ لَوْ كَانَتْ قَائِمَةً فِي يَدِهِ يَأْخُذُهَا إِذَا أَدَّىٰ الدَّيْنَ، فَكَذٰلِكَ يَأْخُذُ مَا قَامَ مَقَامَهَا، وَلَا جَمْعَ فِيهِ بَيْنَ البَدَلِ وَالْمُبْدَلِ.

قَالَ: (وَإِذَا وَكَّلَ الرَّاهِنُ الْمُرْتَهِنَ أَوِ العَدْلَ أَوْ غَيْرَهُمَا بِبَيْعِ الرَّهْنِ عِنْدَ حُلُولِ الدَّيْنِ فَالْوَكَالَةُ جَائِزَةٌ) ؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ بِبَيْعِ مَالِهِ (وَإِنْ شُرِطَتْ فِي عَقْدِ الرَّهْنِ فَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَعْزِلَ الوَكِيلَ، وَإِنْ عَزَلَهُ لَمْ يَنْعَزِلْ)؛

المرتَهن بذلك؟ ينظر إن كان العدل دفعه على وجه العارية أو على وجه الوديعة وهلك في يد المرتَهن لا يرجع، وإن استهلك المرتَهن يرجع عليه، لأنَّ العدلَ بأداء الضمان ملكه وتبيَّن أنه أعار أو أوْدَع ملك نفسه، فإن هلك في يده لا يضمن، وإن استهلك يضمن، وإن كان العدلُ دفع إلى المرتَهن رهنًا بأن كان قال: هذا رهنك خذه بحقِّك واحبسه لدَينك، رجع العدل عليه بقيمته استهلك لرهنٍ أو هلكَ لأنه دفع إليه علىٰ وجه الضمان.

قوله: وَلَا جَمْعَ فِيهِ بَيْنَ البَدَلِ وَالْمُبْدَلِ، بهذا اللفظ تحرَّزَ عن المسئلة الأولىٰ وهيَ ما لو ضمن العدل القيمةَ بسبب دفع الرهن إلى الراهن، وهناك لو قضى الراهن دينه إلى المرتَهن ثمَّ أرادَ أخذ القيمة من العدل كان جامعًا بين البدل والمبدل لأنه وصلَ إليه عين حقه وهو الرهن أوَّلًا، ثمَّ لو أخذَ منه قيمته كان جامعًا بين البدل والمبدل فلذلك لا يأخذ القيمة هناكَ، وأمَّا هنا فلا جمعَ بينهما.

قوله: لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ بِبَيْعِ مَالِهِ، وهذا لأنَّ الرهنَ شرع وثيقةً لجانب الاستيفاء، وبالتوكيل يصير جانب الاستيفاء أوْثَق فكانَ بالجواز أحقَّ، نعم فيه تعليق الوكالة بالشرط لكنها إسقاطٌ، والإسقاطات تقبل التعليقَ، وهذا لأنه كان ممنوعًا عن التصرُّف في هذا العين لحقِّ المالك، فإذا وكله فقد أسْقط حقَّه.

لِأَنَّهَا لَمَّا شُرِطَتْ فِي ضِمْنِ عَقْدِ الرَّهْنِ صَارَ وَصْفًا مِنْ أَوْصَافِهِ وَحَقًّا مِنْ حُقُوقِهِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لِزِيَادَةِ الوَثِيقَةِ فَيَلْزَمُ بِلُزُومِ أَصْلِهِ، وَلِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ المُرْتَهِنِ وَفِي العَزْلِ إِتْوَاءُ حَقِّهِ وَصَارَ كَالْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ بِطَلَبِ المُدَّعِي (وَلَوْ وَكَّلَهُ بِالْبَيْعِ مُطْلَقًا حَتَّىٰ مَلَكَ البَيْعَ بِالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ ثُمَّ نَهَاهُ عَنِ البَيْعِ نَسِيئَةً لَمْ يَعْمَلْ نَهْيُهُ) ؛ لِأَنَّهُ لَازِمٌ بِأَصْلِهِ، فَكَذَا بِوَصْفِهِ لِمَا ذَكَرْنَا، وَكَذَا إِذَا عَزَلَهُ المُرْتَهِنُ لَا يَنْعَزِلُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوَكِّلْهُ وَإِنَّمَا وَكَّلَهُ غَيْرُهُ (وَإِنْ مَاتَ الرَّاهِنُ لَمْ يَنْعَزِلْ) ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ لَا يَبْطُلُ بِمَوْتِهِ وَلِأَنَّهُ لَوْ بَطَلَ إِنَّمَا يَبْطُلُ لِحَقِّ الوَرَثَةِ وَحَقُّ المُرْتَهِنِ مُقَدَّمٌ.

قَالَ: (وَلِلْوَكِيلِ أَنْ يَبِيعَهُ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الوَرَثَةِ كَمَا يَبِيعُهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنْهُ، وَإِنْ مَاتَ المُرْتَهِنُ فَالْوَكِيلُ عَلَىٰ وَكَالَتِهِ) ؛ لِأَنَّ العَقْدَ لَا يَبْطُلُ بِمَوْتِهِمَا وَلَا بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا فَيَبْقَىٰ بِحُقُوقِهِ وَأَوْصَافِهِ (وَإِنْ

قوله: أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لِزِيَادَةِ الوَثِيقَةِ، أي التوكيل لزيادة الوثيقة والرهن وثيقةٌ، فيكون التوكيل وصفًا من أوْصاف الرهن فيلزم بلزوم الرهن.

قوله: كَالْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ بِطَلَبِ المُدَّعِي، أي إذا وكل المدَّعىٰ عليه بالخصومة بطلب المدعي لا يملك عزله بغير محضر من الخصم، لأنه تعلَّق به حقُّ المدعي.

قوله: لِأَنَّهُ لَازِمٌ بِأَصْلِهِ، وهو التوكيلُ بالبيع، فَكَذَا بِوَصْفِهِ، وهو الإطلاق.

قوله: لِأَنَّ العَقْدَ، أي عقد الرهن.

قوله: فَيَبْقَىٰ بِحُقُوقِهِ وَأَوْصَافِهِ، الحقوق: الحبس والاستيفاء والوكالة، والأوصاف:

مَاتَ الوَكِيلُ انْتَقَضَتِ الوَكَالَةُ وَلَا يَقُومُ وَارِثُهُ وَلَا وَصِيُّهُ مَقَامَهُ) ؛ لِأَنَّ الوَكَالَةَ لَا يَجْرِي فِيهَا الإِرْثُ، وَلِأَنَّ المُوَكِّلَ رَضِيَ بِرَأْيِهِ لَا بِرَأْيِ غَيْرِهِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ إِنَّ وَصِيَّ الوَكِيلِ يَمْلِكُ بَيْعَهُ؛ لِأَنَّ الوَكَالَةَ لَازِمَةٌ فَيَمْلِكُهُ الوَصِيُّ، كَالْمُضَارِبِ إِذَا مَاتَ بَعْدَمَا صَارَ رَأْسُ المَالِ أَعْيَانًا يَمْلِكُ وَصِيُّ المُضَارِبِ بَيْعَهَا لِمَا أَنَّهُ لَازِمٌ بَعْدَ مَا صَارَ أَعْيَانًا قُلْنَا: التَّوْكِيلُ حَقٌّ لَازِمٌ لٰكِنْ عَلَيْهِ، وَالْإِرْثُ يَجْرِي فِيمَا لَهُ، بِخِلَافِ المُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهَا حَقُّ المُضَارِبِ (وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَبِيعَهُ إِلَّا بِرِضَا الرَّاهِنِ) ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ وَمَا رَضِيَ بِبَيْعِهِ (وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَبِيعَهُ إِلَّا بِرِضَا المُرْتَهِنِ) ؛ لِأَنَّ المُرْتَهِنَ أَحَقُّ بِمَالِيَّتِهِ مِنَ الرَّاهِنِ فَلَا يَقْدِرُ الرَّاهِنُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ بِالْبَيْعِ.

قَالَ: (فَإِنْ حَلَّ الأَجَلُ وَأَبَىٰ الوَكِيلُ الَّذِي فِي يَدِهِ الرَّهْنُ أَنْ يَبِيعَهُ وَالرَّاهِنُ غَائِبٌ أُجْبِرَ عَلَىٰ بَيْعِهِ) ....

اللزوم وجبْر الوكيل، وحقُّ بيع ولد الراهن، وحق صرف الدراهم بالدنانير.

قوله: وَلَا يَقُومُ وَارِثُهُ وَلَا وَصِيُّهُ مَقَامَهُ، وفي الذخيرة: وإذا مات العدل في الرهن وقد كان وكيلًا بالبيع فأوْصىٰ إلىٰ رجلٍ ببيعه لم يجز، إلا أن يكون الراهن قال له في أصل الوكالة: وكلتكَ ببيع الرهن وأجزتُ لكَ ما صنعتَ فيه من شيءٍ، فيجوز حينئذٍ لوصيِّه أن يبيعه، ولا يجوز لوصيِّه أن يوصىٰ إلىٰ ثالثٍ به.

قوله: أُجْبِرَ عَلَىٰ بَيْعِهِ، وكيفية الإجبار أن يحبسه القاضي أيَّامًا ليبيع، فإن لم يبع

لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الوَجْهَيْنِ فِي لُزُومِهِ (وَكَذٰلِكَ الرَّجُلُ يُوَكِّلُ غَيْرَهُ بِالْخُصُومَةِ وَغَابَ المُوَكِّلُ فَأَبَىٰ أَنْ يُخَاصِمَ أُجْبِرَ عَلَىٰ الخُصُومَةِ) لِلْوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ أَنَّ فِيهِ إِتْوَاءَ الحَقِّ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالْبَيْعِ؛ لِأَنَّ المُوَكِّلَ يَبِيعُ بِنَفْسِهِ فَلَا يَتْوِي حَقَّهُ، أَمَّا المُدَّعِي لَا يَقْدِرُ عَلَى الدَّعْوَىٰ

بعد الحبس أيَّامًا فالقاضي يبيعُ عليه، وهذا علىٰ أصلهما ظاهرٌ، وأمَّا علىٰ أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ فكذلك عند البعض، لأنه تعين جهة البيع لقضاء الدين هنا، وقيل لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده لقضاء الدين، ولا يفسد البيع بهذا الإجبار لأنه إجبارٌ بحقٍّ، فصار كالاختيار.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الوَجْهَيْنِ فِي لُزُومِهِ، أحدهما: أنه لمَّا شرط في عقد الرهن صار وصفًا من أوصافه، والثاني: أنه تعلَّق به حقُّ المرتَهن وفي العزل إتواءُ حقِّه، لا يقال: بأنه لا يستقيم الاستدلال على الوجه الأوَّل فإنه لا يلزمُ من كون الوكالة وصفًا من أوْصَاف الرهن وكونِها لازمةً أن يكون الجبر مستحقًّا عليه لأنه لا تأثيرَ له فيه؟ لأنا نقول: إنَّما يثبت وصف اللزوم في الوكالة حقًّا للمرتَهن، فلو لم يجبَر على البيع لم تتحقق فائدة اللزوم.

قوله: وَكَذٰلِكَ الرَّجُلُ يُوَكِّلُ غَيْرَهُ بِالْخُصُومَةِ، أي بطلب المدَّعي.

قوله: بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالْبَيْعِ، أي الوكيل المفرد لا الوكيلُ ببيع الرهن، وذكر شيخ الإسلام في مبسوطه: العدلُ يفارق الوكيل المفرد في أربعة أوجه: أحدها: أنه يبيع الولدَ، والوكيلُ المفرد لا يبيع الولدَ، والثاني: يجبر على البيع متىٰ أبىٰ، بخلاف الوكيل المفرد، والثالث: أنه لا ينعزل بعزل الموكل، بخلاف الوكيل المفرد، والرابع: أنه لا ينعزل بموت الموكل، والوكيل المفرد ينعزل، وزاد على هذا الإمام التمرتاشي مسائلُ: منها: أنَّ العدل يبيع الأرش وما يؤخذ بالإتلاف والمفرد لا يبيع، ومنها: أنَّ العدل إذا باعَ بخلاف جنس

وَالْمُرْتَهِنُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ بِنَفْسِهِ، فَلَوْ لَمْ يَكُنِ التَّوْكِيلُ مَشْرُوطًا فِي عَقْدِ الرَّهْنِ وَإِنَّمَا شُرِطَ بَعْدَهُ قِيلَ لَا يُجْبَرُ اعْتِبَارًا بِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَقِيلَ يُجْبَرُ رُجُوعًا إِلَى الوَجْهِ الثَّانِي، وَهٰذَا أَصَحُّ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الجَوَابَ فِي الفَصْلَيْنِ وَاحِدٌ، وَيُؤَيِّدُهُ إِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَفِي الأَصْلِ (وَإِذَا بَاعَ العَدْلُ الرَّهْنَ فَقَدْ خَرَجَ مِنَ الرَّهْنِ، وَالثَّمَنُ قَائِمٌ مَقَامَهُ فَكَانَ رَهْنًا، وَإِنْ لَمْ يُقْبَضْ بَعْدُ) لِقِيَامِهِ مَقَامَ مَا كَانَ مَقْبُوضًا، وَإِذَا تَوَىٰ كَانَ مَالُ المُرْتَهِنِ لِبَقَاءِ عَقْدِ الرَّهْنِ فِي الثَّمَنِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ المَبِيعِ المَرْهُونِ، وَكَذٰلِكَ إِذَا قُتِلَ العَبْدُ الرَّهْنُ وَغَرِمَ القَاتِلُ قِيمَتَهُ؛ لِأَنَّ المَالِكَ لَا يَسْتَحِقُّهُ مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ،

الدين كان له أن يصرفه إلىٰ جنس الدين، والمفرد إذا باع بأيِّ ثمنٍ كان لا يجوز أن يصرفه، ومنها: عبد هو رهنٌ إذا قتله عبد فدفع به فالعدلُ يبيعه، بخلاف المفرد.

قوله: قِيلَ لَا يُجْبَرُ اعْتِبَارًا بِالْوَجْهِ الأَوَّلِ، ذكر في المبسوط: هو ظاهرُ الرواية، لأنَّ الوكالة إنَّما تلزم بسراية اللزوم من الرهن إليها، فإذا ثبتَ قصدًا يعطىٰ له حكم نفسه وهي في نفسها إعانةٌ والمعين لا يجبَر على الإعانة، وقيل يجبَر رجوعًا إلى الوجه الثانِي وهوَ تعلق حق المرتَهن وهذا أصحُّ، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنَّ الجواب في الفصلين واحدٌ، أي في المشروط في عقد الرهن وفي المستأنف بعد عقد الرهن، يعني يجبَر فيهما، ويؤيده إطلاق الجواب في الجامع الصغير والأصل، فرواية الجامع الصغير: رجلٌ وضع الرهن في يده وأمره ببيعه إذا حلَّ الأجل له أن يبيعه والراهن غائبٌ يجبَر علىٰ بيعه، ولم يقل أمر ببيعه في ضمن عقد الرهن، ورواية الأصل: فإن سلط العدل علىٰ بيع الرهن فأبىٰ أن يبيعه ورفعه المرتَهن إلى القاضي أجبَره علىٰ بيعه.

وَإِنْ كَانَ بَدَلَ الدَّمِ فَأَخَذَ حُكْمَ ضَمَانِ المَالِ فِي حَقِّ المُسْتَحِقِّ فَبَقِيَ عَقْدُ الرَّهْنِ، وَكَذٰلِكَ لَوْ قَتَلَهُ عَبْدٌ فَدُفِعَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْأَوَّلِ لَحْمًا وَدَمًا.

قَالَ: (وَإِنْ بَاعَ العَدْلُ الرَّهْنَ فَأَوْفَىٰ المُرْتَهِنَ الثَّمَنَ ثُمَّ اُسْتُحِقَّ الرَّهْنُ فَضَمِنَهُ العَدْلُ كَانَ بِالْخِيَارِ، إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ الثَّمَنَ الَّذِي أَعْطَاهُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ غَيْرَهُ) وَكَشْفُ هٰذَا أَنَّ المَرْهُونَ المَبِيعَ إذَا اُسْتُحِقَّ إمَّا أَنْ يَكُونَ هَالِكًا أَوْ قَائِمًا، فَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ المُسْتَحِقُّ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ قِيمَتَهُ؛ لِأَنَّهُ غَاصِبٌ فِي حَقِّهِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ العَدْلَ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي حَقِّهِ بِالْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ، فَإِنْ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ نَفَذَ البَيْعُ وَصَحَّ الِاقْتِضَاءُ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ

قوله: وَإِنْ كَانَ بَدَلَ الدَّمِ، جوابُ إشكالٍ مقدَّرٍ وهو أن يقال بأنَّ قيمة العبد ضمان الدم بدليل أنه ينقص منه عن دية الحرِّ، فإذا كان ضمان الدم والدم ليس بمملوكٍ له ولا يصحُّ رهنه فكذلك بدله، واستحقاق المالك إيَّاه لا يدلُّ علىٰ أنه ضمان المال كالدية، فالجواب أنه وإن كان بدل الدم فإنَّ المالك يستحقه باعتبار أنه ضمان ماليته فأخذ حكم ضمان المال في حقِّ المستحق وهو المولىٰ، بخلاف الدية لأنَّ الضمان فيه لا يستحقُّ باعتبار المالية، إذ ليس فيه ثبوت المالية وهنا المالية متحقِّقة وهيَ حق المالك فبالقتل يتلفُ حقه، فأخذ بِهذا الاعتبار حكم ضمان المال وإن كان بدل الدم.

قوله: وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ غَيْرَهُ، أي ليسَ للعدل أن يضمن المرتَهن غير الثمن.

قوله: نَفَذَ البَيْعُ وَصَحَّ الِاقْتِضَاءُ، أي صحَّ قبض المرتَهن الثمن بمقابلة دينه.

فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِبَيْعِ مِلْكِ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمَّنَ البَائِعَ يَنْفُذُ البَيْعُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ مِلْكَ نَفْسِهِ وَإِذَا ضَمَّنَ العَدْلَ فَالْعَدْلُ بِالْخِيَارِ، إنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الرَّاهِنِ بِالْقِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ عَامِلٌ لَهُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا لَحِقَهُ مِنَ العُهْدَةِ وَنَفَذَ البَيْعُ وَصَحَّ الِاقْتِضَاءُ فَلَا يَرْجِعُ المُرْتَهِنُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ مِنْ دَيْنِهِ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى المُرْتَهِنِ بِالثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَ الثَّمَنَ بِغَيْرِ حَقٍّ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ العَبْدَ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَنَفَذَ بَيْعُهُ عَلَيْهِ فَصَارَ الثَّمَنُ لَهُ، وَإِنَّمَا أَدَّاهُ إِلَيْهِ عَلَىٰ حُسْبَانِ أَنَّهُ مِلْكُ الرَّاهِنِ، فَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ مِلْكُهُ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِهِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَيْهِ، وَإِذَا رَجَعَ بَطَلَ الِاقْتِضَاءُ فَيَرْجِعُ المُرْتَهِنُ عَلَى الرَّاهِنِ بِدَيْنِهِ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ أَنْ يَكُونَ قَائِمًا فِي يَدِ المُشْتَرِي فَلِلْمُسْتَحِقِّ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْ يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ ثُمَّ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْجِعَ عَلَىٰ العَدْلِ بِالثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ العَاقِدُ فَتَتَعَلَّقُ بِهِ حُقُوقُ العَقْدِ، وَهٰذَا مِنْ حُقُوقِهِ حَيْثُ وَجَبَ بِالْبَيْعِ، وَإِنَّمَا أَدَّاهُ لِيُسَلِّمَ لَهُ المَبِيعَ وَلَمْ يُسَلِّمْ، ثُمَّ العَدْلُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الرَّاهِنِ بِالْقِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَدْخَلَهُ فِي هٰذِهِ العُهْدَةِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ تَخْلِيصُهُ وَإِذَا رَجَعَ عَلَيْهِ صَحَّ قَبْضُ المُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّ المَقْبُوضَ

قوله: وَإِنْ ضَمَّنَ البَائِعَ، أي العدلَ.

قوله: فَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ مِلْكُهُ - أي ملك العدل - لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِهِ، أي لم يكن العدل راضيًا بأداء الثمن إلى المرتَهن.

سُلِّمَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى المُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا انْتَقَضَ العَقْدُ بَطَلَ الثَّمَنُ وَقَدْ قَبَضَهُ ثَمَنًا فَيَجِبُ نَقْضُ قَبْضِهِ ضَرُورَةً، وَإِذَا رَجَعَ عَلَيْهِ وَانْتُقِضَ قَبْضُهُ عَادَ حَقُّهُ فِي الدَّيْنِ كَمَا كَانَ فَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الرَّاهِنِ، وَلَوْ أَنَّ المُشْتَرِيَ سَلَّمَ الثَّمَنَ إِلَى المُرْتَهِنِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى العَدْلِ؛ لِأَنَّهُ فِي البَيْعِ عَامِلٌ لِلرَّاهِنِ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ إِذَا قَبَضَ وَلَمْ يَقْبِضْ فَبَقِيَ الضَّمَانُ عَلَىٰ المُوَكِّلِ، وَلَوْ كَانَ التَّوْكِيلُ بَعْدَ عَقْدِ الرَّهْنِ غَيْرَ مَشْرُوطٍ فِي العَقْدِ فَمَا لَحِقَ العَدْلَ مِنَ العُهْدَةِ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الرَّاهِنِ قَبَضَ الثَّمَنَ المُرْتَهِنُ أَمْ لَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهٰذَا التَّوْكِيلِ حَقُّ المُرْتَهِنِ فَلَا رُجُوعَ، كَمَا فِي الوَكَالَةِ المُفْرَدَةِ عَنِ الرَّهْنِ إِذَا بَاعَ الوَكِيلُ وَدَفَعَ الثَّمَنَ إِلَىٰ مَنْ أَمَرَهُ المُوَكِّلُ ثُمَّ لَحِقَهُ عُهْدَةٌ لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى المُقْتَضَىٰ، بِخِلَافِ

قوله: وَلَوْ أَنَّ المُشْتَرِيَ سَلَّمَ الثَّمَنَ إِلَى المُرْتَهِنِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى العَدْلِ؛ لِأَنَّهُ فِي البَيْعِ عَامِلٌ لِلرَّاهِنِ، ذكر في الإيضاح وفتاوىٰ قاضي خان مكان هذه المسئلة وتعليلها قوله: ولو لم يسلم العدل الثمن إلى المرتهن لم يرجع عليه، لأنه في البيع عاملَ للراهن، وإنَّما يرجعُ عليه إذا قبَض، وإذا لم يقبض بقي الضمان على الموكل، وكذا ذكر أيضًا في الكافي للعلامة النسفي رحمه الله تعالىٰ، ثم قال ذكر في الهداية: وَلَوْ أَنَّ المُشْتَرِيَ سَلَّمَ الثَّمَنَ إِلَى المُرْتَهِنِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى العَدْلِ؛ لِأَنَّهُ فِي البَيْعِ عَامَلَ لِلرَّاهِنِ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ إِذَا قَبَضَ وَلَمْ يَقْبِضْ فَبَقِيَ الضَّمَانُ عَلَى المُوَكِّلِ، والمراد بالموكل المرتَهن، وسمَّاه موكلًا لأنَّ البيعَ وقعَ لأجله وبالضمان الثمن، أو بالموكل الراهن وبالضمان الدين.

قوله: لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى المُقْتَضَىٰ، أي على القابض.

الوَكَالَةِ المَشْرُوطَةِ فِي العَقْدِ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ المُرْتَهِنِ فَيَكُونُ البَيْعُ لِحَقِّهِ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هٰكَذَا ذَكَرَ الكَرْخِيُّ، وَهٰذَا يُؤَيِّدُ قَوْلَ مَنْ لَا يَرَىٰ جَبْرَ هٰذَا الوَكِيلِ عَلَى البَيْعِ.

قَالَ: (وَإِنْ مَاتَ العَبْدُ المَرْهُونُ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ ثُمَّ اسْتَحَقَّهُ رَجُلٌ فَلَهُ الخِيَارُ، إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ) ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَعَدٍّ فِي حَقِّهِ بِالتَّسْلِيمِ أَوْ بِالْقَبْضِ (فَإِنْ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ فَقَدْ مَاتَ بِالدَّيْنِ) ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَصَحَّ الإِيفَاءُ (وَإِنْ ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمَا ضَمِنَ مِنَ القِيمَةِ وَبِدَيْنِهِ) أَمَّا بِالْقِيمَةِ فَلِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَةِ الرَّاهِنِ، وَأَمَّا بِالدَّيْنِ فَلِأَنَّهُ انْتَقَضَ اقْتِضَاؤُهُ فَيَعُودُ حَقُّهُ كَمَا كَانَ، فَإِنْ قِيلَ: لَمَّا كَانَ قَرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الرَّاهِنِ بِرُجُوعِ المُرْتَهِنِ عَلَيْهِ، وَالْمِلْكُ فِي المَضْمُونِ يَثْبُتُ لِمَنْ عَلَيْهِ قَرَارُ الضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهَنَ مِلْكَ نَفْسِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا ضَمَّنَ المُسْتَحِقُّ

قوله: فَيَكُونُ البَيْعُ لِحَقِّهِ، وإذا وقع البيع لحقِّه وقد سلم له ذلك جاز أن يلزمه الضمان.

قوله: وَهٰذَا يُؤَيِّدُ قَوْلَ مَنْ لَا يَرَىٰ جَبْرَ هٰذَا الوَكِيلِ عَلَى البَيْعِ، أي الوكيلُ الذي لم تكن وكالته مشروطةً في العقد، أمَّا بالقيمة فلأنَّه مغرورٌ من جهة الراهن، والمغرور يرجع على الغارِّ بما لحقه من الضمان، كما يرجع المستأجر على المؤجر والمودع على المودع.

الرَّاهِنَ ابْتِدَاءً، قُلْنَا: هٰذَا طَعْنُ أَبِي خَازِمٍ القَاضِي، وَالْجَوَابُ عَنْهُ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِسَبَبِ الغُرُورِ وَالْغُرُورُ بِالتَّسْلِيمِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، أَوْ بِالِانْتِقَالِ مِنَ المُرْتَهِنِ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ وَكِيلٌ عَنْهُ، وَالْمِلْكُ بِكُلِّ ذٰلِكَ مُتَأَخِّرٌ عَنْ عَقْدِ الرَّهْنِ، بِخِلَافِ الوَجْهِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّ المُسْتَحِقَّ يَضْمَنُهُ بِاعْتِبَارِ القَبْضِ السَّابِقِ عَلَىٰ الرَّهْنِ فَيَسْتَنِدُ المِلْكُ إِلَيْهِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهَنَ مِلْكَ نَفْسِهِ وَقَدْ طَوَّلْنَا الكَلَامَ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهِي، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: هٰذَا طَعْنُ أَبِي خَازِمٍ، هو بالخاء المعجمة وهو عبد الحميد بن عبد العزيز قاضي بغداد، كذا في المغرب، قال أبو خازم: هذا غلطٌ، لأنه لمَّا رجع بضمان القيمة على الراهن استقرَّ الضمان عليه، والملك في المضمون يقعُ لمن يستقر عليه الضمان، فإذا استقرَّ الملك للراهن تبيَّن أنه رهن ملك نفسه، فصار كما لو ضمن المستحق الراهن ابتداءً؟ والجواب عنه أنَّ المرتَهن يرجع بالضمان على الراهن بسبب الغرور، والغرور إنَّما يحصل بالتسليم إلى المرتَهن فإنَّما يملك العين من هذا الوقت، وعقد الرهن سابق عليه فلا يكون راهنًا ملك نفسه، فأمَّا المستحق فإنَّما يضمن الراهن باعتبار قبضه السابق لا لتسليمه فيملكه من ذلك الوقت، وعقد الرهن كان بعده أو بالانتقال من المرتَهن إليه، كما في الوكيل بالشراء كأنَّه اشتَراه من المستحق ثمَّ باع من الراهن، وهذا لأنَّ المرتَهن غاصبٌ في حقِّ المستحق، فإذا ضمن يملك المضمون ضرورةً، ولكن لمَّا كان قرار الضمان على الراهن ينتقل إليه من جهة المرتَهن، والمرتَهن يملكه من وقت القبض، لأنه بالقبول صار غاصبًا فيملكه الراهن بعده من جهته، فيكون ملك الراهن متأخرًا عن عقد الرهن، والله تعالىٰ أعلم.

بَابُ التَّصَرُّفِ فِي الرَّهْنِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهِ وَجِنَايَتِهِ عَلَىٰ غيرِهِ

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ فَالْبَيْعُ مَوْقُوفٌ) لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغَيْرِ بِهِ وَهُوَ المُرْتَهِنُ فَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ إِجَازَتِهِ، وَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ يَتَصَرَّفُ فِي مِلْكِهِ كَمَنْ أَوْصَىٰ بِجَمِيعِ مَالِهِ تَقِفُ عَلَىٰ إِجَازَةِ الوَرَثَةِ فِيمَا زَادَ عَلَىٰ الثُّلُثِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِهِ (فَإِنْ أَجَازَ الْمُرْتَهِنُ جَازَ) ؛ لِأَنَّ التَّوَقُّفَ لِحَقِّهِ وَقَدْ رَضِيَ بِسُقُوطِهِ (وَإِنْ قَضَاهُ الرَّاهِنُ دَيْنَهُ جَازَ أَيْضًا) ؛ لِأَنَّهُ زَالَ المَانِعُ مِنَ النُّفُوذِ وَالْمُقْتَضِي مَوْجُودٌ وَهُوَ التَّصَرُّفُ الصَّادِرُ مِنَ الأَهْلِ فِي المَحَلِّ (وَإِذَا نَفَذَ البَيْعُ بِإِجَازَةِ المُرْتَهِنِ يَنْتَقِلُ حَقُّهُ إِلَىٰ بَدَلِهِ هُوَ الصَّحِيحُ) ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ تَعَلَّقَ بِالْمَالِيَّةِ، وَالْبَدَلُ لَهُ حُكْمُ المُبْدَلِ

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته علىٰ غيره

قوله: وَإِذَا بَاعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ بِغَيْرِ إِذْنِ المُرْتَهِنِ فَالْبَيْعُ مَوْقُوفٌ، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه نافذ كالإعتاق، لأنه تصرُّف في خالص ملكه.

قوله: يَنْتَقِلُ حَقُّهُ إِلَىٰ بَدَلِهِ هُوَ الصَّحِيحُ، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنَّ المرتَهن إذا شرطَ عند الإجازة أنَّ الثمن يكون رهنًا فهو رهنٌ، وإلا لا يكون رهنًا، لأنه إذا أجاز بهذا الشرط ما رضي ببطلان حقه عن العين إلا وأن يكون متعلقًا بالبدل، فأمَّا إذا لم يشتَرط فقد سقطَ حقُّه عن المرهون والثمن ليس بمرهونٍ فلا يتعلَّقُ حقه به.

فَصَارَ كَالْعَبْدِ الْمَدْيُونِ الْمَأْذُونِ إِذَا بِيعَ بِرِضَا الْغُرَمَاءِ يَنْتَقِلُ حَقُّهُمْ إِلَى الْبَدَلِ؛ لِأَنَّهُمْ رَضُوا بِالِانْتِقَالِ دُونَ السُّقُوطِ رَأْسًا فَكَذَا هٰذَا (وَإِنْ لَمْ يُجِزِ الْمُرْتَهِنُ الْبَيْعَ وَفَسَخَهُ انْفَسَخَ فِي رِوَايَةٍ، حَتَّىٰ لَوِ افْتَكَّ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ لَا سَبِيلَ لِلْمُشْتَرِي عَلَيْهِ) ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ الثَّابِتَ لِلْمُرْتَهِنِ بِمَنْزِلَةِ الْمِلْكِ فَصَارَ كَالْمَالِكِ لَهُ أَنْ يُجِيزَ وَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ (وَفِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ لَا يَنْفَسِخُ بِفَسْخِهِ) ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ حَقُّ الْفَسْخِ لَهُ إِنَّمَا يُثْبِتُ ضَرُورَةَ صِيَانَةِ حَقِّهِ، وَحَقُّهُ فِي الْحَبْسِ لَا يَبْطُلُ بِانْعِقَادِ هٰذَا الْعَقْدِ فَبَقِيَ مَوْقُوفًا، فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي صَبَرَ حَتَّىٰ يَفْتَكَّ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ؛ إِذِ الْعَجْزُ عَلَىٰ شَرَفِ الزَّوَالِ، وَإِنْ شَاءَ رَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْقَاضِي، وَلِلْقَاضِي أَنْ يَفْسَخَ لِفَوَاتِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَوِلَايَةُ الْفَسْخِ إِلَى الْقَاضِي لَا إِلَيْهِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَبَقَ الْعَبْدُ الْمُشْتَرَىٰ قَبْلَ الْقَبْضِ فَإِنَّهُ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي لِمَا ذَكَرْنَا كَذٰلِكَ هٰذَا (وَلَوْ بَاعَهُ الرَّاهِنُ مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ بَاعَهُ بَيْعًا ثَانِيًا مِنْ غَيْرِهِ قَبْلَ أَنْ يُجِيزَهُ الْمُرْتَهِنُ فَالثَّانِي مَوْقُوفٌ أَيْضًا عَلَىٰ إِجَازَتِهِ) ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَمْ

قوله: انْفَسَخَ فِي رِوَايَةٍ، وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالىٰ.

قوله: لِأَنَّ الحَقَّ الثَّابِتَ لِلْمُرْتَهِنِ بِمَنْزِلَةِ المِلْكِ، لأنه حقٌّ قويٌّ، ألا ترىٰ أنَّ الراهن حجرَ عن التصرف فيه ويضمن القيمةَ أو المثل كالأجنبيِّ ويضمن العقرَ لو وطئ الجاريةَ المرهونة وهيَ بكر، وهذه أمارات الملكية.

قوله: وَوِلَايَةُ الفَسْخِ إِلَى القَاضِي لَا إِلَيْهِ، أي إلى المرتَهن.

يَنْفُذْ وَالْمَوْقُوفُ لَا يَمْنَعُ تَوَقُّفَ الثَّانِي، فَلَوْ أَجَازَ الْمُرْتَهِنُ الْبَيْعَ الثَّانِي جَازَ الثَّانِي (وَلَوْ بَاعَ الرَّاهِنُ ثُمَّ أَجَّرَ أَوْ وَهَبَ أَوْ رَهَنَ مِنْ غَيْرِهِ، وَأَجَازَ الْمُرْتَهِنُ هٰذِهِ الْعُقُودَ جَازَ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ) وَالْفَرْقُ أَنَّ الْمُرْتَهِنَ ذُو حَظٍّ مِنَ الْبَيْعِ الثَّانِي؛ لِأَنَّـهُ يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِبَدَلِهِ فَيَصِحُّ تَعْيِينُهُ لِتَعَلُّقِ فَائِدَتِهِ بِهِ، أَمَّا لَا حَقَّ لَهُ فِي هٰذِهِ الْعُقُودِ؛ لِأَنَّـهُ لَا بَدَلَ فِي الْهِبَةِ وَالرَّهْنِ، وَالَّذِي فِي الْإِجَارَةِ بَدَلُ الْمَنْفَعَةِ لَا بَدَلُ الْعَيْنِ، وَحَقُّهُ فِي مَالِيَّةِ الْعَيْنِ لَا فِي الْمَنْفَعَةِ فَكَانَتْ إِجَازَتُهُ إِسْقَاطًا لِحَقِّهِ فَزَالَ الْمَانِعُ فَنَفَذَ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ فَوَضَعَ الْفَرْقُ.

قوله: وَأَجَازَ الْمُرْتَهِنُ هٰذِهِ الْعُقُودَ، أي الإجارةَ، أو الرهنَ، أو الهبة، دون البيع نفذ البيع السابق، والأصل أنَّ تصرف الراهن في الرهن إذا كان يبطل حقَّ المرتَهن لا ينفذ إلا بإجازة المرتَهن، وإذا أجاز المرتَهنُ تصرُّفه ينظر فيه، فإن كان تصرُّفًا يصلح حقًّا للمرتَهن ينفذ بإجارة المرتَهن التصرف الذي لحقته الإجازة، وإن كان تصرُّفًا لا يصلح حقًّا للمرتَهن فبالإجازة يبطلُ حقُّ المرتَهن، والنفاذ يكون من جهة الراهن فينفذ السابق من تصرُّفات الراهن وإن كان المرتَهن أجازَ اللَّاحقَ، وإذا ثبتَ هذا فنقول: أنَّ المرتَهن ذو حظٍّ من البيع الثاني لأنه يتحوَّلُ حقه إلى الثمن، وإنَّ الثمن يصيرُ رهنًا عنده ويكون المرتَهن أخصَّ بثمنه من الغرماء إذا مات الراهن فيصحُّ تعيينه لتعلق الفائدة به، ولا حقَّ للمرتَهن في هذه العقود إذ لا بدلَ في الهبة والرهن، والبدل في الإجارة في مقابلة المنفعة وحقُّه في مالية العين لا في المنفعة، فكانت إجازته إسقاطًا لحقِّه فزالَ المانع من النفاذ فينفذُ البيع السابق، كما لو باع المؤجر من اثنين فأجازَ المستأجر البيع الثاني نفذَ الأول، لأنه لا حقَّ له في الثمن فكان الإجازة إسقاطًا.

قوله: فَنَفَذَ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ، سمَّاه أوَّلًا وإن لم يكن بيعان بالنسبة إلىٰ هذه العقود لأنَّ

قَالَ: (وَلَوْ أَعْتَقَ الرَّاهِنُ عَبْدَ الرَّهْنِ نَفَذَ عِتْقُهُ) وَفِي بَعْضِ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ لَا يَنْفُذُ إِذَا كَانَ الْمُعْتِقُ مُعْسِرًا؛ لِأَنَّ فِي تَنْفِيذِهِ إِبْطَالَ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مُوسِرًا حَيْثُ يَنْفُذُ عَلَىٰ بَعْضِ أَقْوَالِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْطُلُ حَقُّهُ مَعْنًىٰ بِالتَّضْمِينِ، وَبِخِلَافِ إِعْتَاقِ الْمُسْتَأْجِرِ؛ لِأَنَّ الإِجَارَةَ تَبْقَىٰ مُدَّتُهَا؛ إِذِ الْحُرُّ يَقْبَلُهَا، أَمَّا مَا لَا يَقْبَلُ الرَّهْنَ

هذه العقود متأخِّرةٌ عن البيع، ويجوز أن يكون باعه من واحدٍ ثمَّ من آخرٍ ثمَّ باشرَ هذه العقود وأجاز المرتَهن هذه العقود نفذ البيع الأول دون الثاني، وهذه العقود لرجحان الأول بالسبق.

قوله: وَفِي بَعْضِ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ لَا يَنْفُذُ، ذكر أقواله بلفظ الجمع لأنَّ له أقوالًا ثلاثةً ههنا، وأحد أقواله كقولنا، وفي المبسوط: فعتق الرَّاهن نافذ عندنا موسرًا كان أو معسرًا، وهو أحد أقاويل الشافعي رحمه الله تعالىٰ، وفي قول آخر: إن كان موسرًا ينفذ عتقه ويضمن قيمته للمرتَهن، وإن كان معسرًا لا ينفذ لأنه تصرُّف يلاقىٰ حقَّ المرتَهن بالإبطال فكان مردودًا كالبيع، بل أَوْلىٰ لأنَّ البيع أَسْرَع نفاذًا من العتق حتَّىٰ نفذ بيع المكاتب دون العتق، وإذا لم ينفذ بيع الراهن رعايةً لحقِّ المرتَهن فلَأن لا ينفذ إعتاقه أَوْلىٰ، بخلاف ما إذا كان المعتق موسرًا حيث ينفذ علىٰ بعض أقواله، لأنَّ حقَّ المرتَهن أمكن استدراكه بإيجاب الضمان عليه، وبخلاف إعتاق المستأجر لأنَّ الإجارة تبقىٰ مدَّتَها لأنَّ المنافع عنده ملحقة بالأعيان في حقِّ قبول العقد والضمان، والمولىٰ بالإجارة باع منافع العبد مدَّةً معلومةً ثمَّ أعتقه فتبقى الإجارة، كما إذا باعَ نصف العبد ثمَّ أعتق الباقي، أمَّا الحرُّ فلا يقبل الرهن فلا يبقىٰ بعد العتق فافترَقا، ولنا أنه مخاطبٌ أَعْتَق ملك نفسه فلا يلغو تصرُّفه لعدم إذن المرتَهن، كما إذا أَعْتَق العبد المشتري قبل القبض أو أَعْتَق الآبقَ أو المغصوب، والجامع بين الآبق والمغصوب وبين المرهون فواتُ يد المالك.

فَلَا يَبْقَىٰ، وَلَنَا أَنَّهُ مُخَاطَبٌ أَعْتَقَ مِلْكَ نَفْسِهِ فَلَا يَلْغُو بِصَرْفِهِ بِعَدَمِ إِذْنِ المُرْتَهِنِ كَمَا إِذَا أَعْتَقَ العَبْدُ المُشْتَرَىٰ قَبْلَ القَبْضِ أَوْ أَعْتَقَ الآبِقَ أَوِ المَغْصُوبَ، وَلَا خَفَاءَ فِي قِيَامِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ لِقِيَامِ المُقْتَضِي، وَعَارِضُ الرَّهْنِ لَا يُنْبِئُ عَنْ زَوَالِهِ، ثُمَّ إِذَا زَالَ مِلْكُهُ فِي الرَّقَبَةِ بِإِعْتَاقِهِ يَزُولُ مِلْكُ المُرْتَهِنِ فِي اليَدِ بِنَاءً عَلَيْهِ كَإِعْتَاقِ العَبْدِ المُشْتَرَكِ، بَلْ أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الرَّقَبَةِ أَقْوَىٰ مِنْ مِلْكِ اليَدِ، فَلَمَّا لَمْ يُمْنَعَ الأَعْلَىٰ لَا يُمْنَعُ الأَدْنَىٰ بِالطَّرِيقِ الأَوْلَىٰ، وَامْتِنَاعُ النَّفَاذِ فِي البَيْعِ وَالْهِبَةِ لِانْعِدَامِ القُدْرَةِ عَلَىٰ

قوله: وَلَا خَفَاءَ فِي قِيَامِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ لِقِيَامِ المُقْتَضِي، وهو سببُ الملك كالشراء والإرث ونحوهما، فكان الملك ثابتًا للراهن رقبةً ويدًا، وزوالُ الملك يد الضروة عارض الراهن، والضرورةُ تندفع بإزالة ملك اليد فيكون مك الرقبة باقيًا كما كان، وملك الرقبة كافٍ لصحة الإعتاق كما في الآبق والمغصوب وغيره، وقوله: تصرُّفٌ يلاقي حق المرتَهن بالإبطال، قلنا: الثابتُ للرَّاهن حقيقة الملك والثابت للمرتَهن حقٌّ، فقضية الحقيقة تستدعي النفاذَ وقضية الحقِّ تستدعي عدم النفاذ، فرجَّحنا جانبَ الحقيقة علىٰ جانب الحقِّ لأنَّها أقوىٰ علىٰ أنه إنَّما يبطل حقه ضرورةَ بطلان ملك الرقبة لا أن يبطل أصلًا بالإعتاق فصار كإعتاق العبد المشتَرك بل أوْلىٰ، لأنَّ ملك الرقبة أقوىٰ من حقِّ المرتَهن، لأنَّ له ملك اليد والرقبة ولهذا ملك اليد فقط، فإذا لم يمنع الأقوىٰ الإعتاق فلَأَن لا يمنع الأدْنىٰ أوْلىٰ، ولهذا إذا أعْتَق عبدًا آجره يصحُّ وتبطل الإجارة ضمنًا له، ونصَّ عليه صاحب الأسرار في طريقه، وعدم نفاذ البيع والهبة لعدم القدرة على التسليم لأنَّ يده مانعةٌ من التسليم، والبيع كما يفتقر إلى الملك يفتقر إلى القدرة على التسليم، ولهذا لا ينفذُ بيع الآبق والمستأجر والإعتاق لا يفتقر إليها بدليل نفاذ إعتاق الآبق.

التَّسْلِيمِ، وَإِعْتَاقُ الوَارِثِ العَبْدَ المُوصَىٰ بِرَقَبَتِهِ لَا يَلْغُو بَلْ يُؤَخَّرُ إِلَىٰ أَدَاءِ السِّعَايَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَإِذَا نَفَذَ الإِعْتَاقُ بَطَلَ الرَّهْنُ لِفَوَاتِ مَحَلِّهِ (ثُمَّ) بَعْدَ ذٰلِكَ (إِنْ كَانَ الرَّاهِنُ مُوسِرًا، وَالدَّيْنُ حَالًّا طُولِبَ بِأَدَاءِ الدَّيْنِ) ؛ لِأَنَّهُ لَوْ طُولِبَ بِأَدَاءِ القِيمَةِ تَقَعُ المُقَاصَّةُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ فَلَا فَائِدَةَ فِيهِ (وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا أُخِذَتْ مِنْهُ قِيمَةُ العَبْدِ وَجُعِلَتْ رَهْنًا مَكَانَهُ حَتَّىٰ يَحِلَّ الدَّيْنُ) ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ مُتَحَقِّقٌ، وَفِي التَّضْمِينِ فَائِدَةٌ فَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ اقْتَضَاهُ بِحَقِّهِ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ وَرَدَّ الفَضْلَ (وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَىٰ العَبْدُ فِي قِيمَتِهِ وَقَضَىٰ بِهِ الدَّيْنَ

قوله: وَإِعْتَاقُ الوَارِثِ العَبْدَ المُوصَىٰ بِرَقَبَتِهِ لَا يَلْغُو، هذا جوابٌ عمَّا تمسَّك به في بعض المواضع وادَّعىٰ أنه يلغو إعتاقه لحقِّ الموصىٰ له مع أنه ملكه، لأنَّ ذلك يتصوَّر فيما إذا لم يخرج من الثلث، قلنا: ليسَ كذلك لأنه يعتق عندهما في الحال وعنده يخرج إلى الحرية بالسعاية، وذكر في المبسوط مكان هذا إعتاق المريض فقال: إعتاق المريض عندنا لا يلغو لقيام حقِّ الغرماء ولكنه يخرج إلى الحرية بالسعاية لا محالةَ، فهنا أيضًا ينبغي أن لا يلغو لأنَّ هناك هو بمنزلة المكاتب ما دامَ يسعىٰ، وهناك يكون حرًّا وإن لزمه السعاية عند إعسار الراهن لأنَّ العتق في المرض وصيةٌ والوصية تتأخَّر عن الدين، إلا أنَّ العتق لا يمكن ردُّه فيجب عليه السعاية في قيمته لردِّ الوصية.

قوله: وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى العَبْدُ فِي قِيمَتِهِ وَقَضَىٰ بِهِ الدَّيْنَ، وفي الذخيرة: وإن كان الراهنُ المعتقُ معسرًا فللمرتَهن أن يستسعي العبد وينظر في ذلك إلىٰ قيمة العبد يوم العتق، وإلىٰ قيمته يوم الرهن، وإلى الدَّين ليستسعىٰ في أقلِّها.

إِلَّا إِذَا كَانَ بِخِلَافِ جِنْسِ حَقِّهِ) ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الوُصُولُ إِلَىٰ عَيْنِ حَقِّهِ مِنْ جِهَةِ المُعْتَقِ يَرْجِعُ إِلَىٰ مَنْ يَنْتَفِعُ بِعِتْقِهِ وَهُوَ العَبْدُ؛ لِأَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَتَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَتِ القِيمَةُ أَقَلَّ مِنَ الدَّيْنِ، أَمَّا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ أَقَلَّ نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ (ثُمَّ يَرْجِعُ بِمَا سَعَىٰ عَلَىٰ مَوْلَاهُ إِذَا أَيْسَرَ) ؛ لِأَنَّهُ قَضَىٰ دَيْنَهُ وَهُوَ مُضْطَرٌّ فِيهِ بِحُكْمِ الشَّرْعِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا تَحَمَّلَ عَنْهُ، بِخِلَافِ المُسْتَسْعَىٰ فِي الإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي ضَمَانًا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْعَىٰ لِتَحْصِيلِ العِتْقِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لِتَكْمِيلِهِ، وَهُنَا يَسْعَىٰ فِي ضَمَانٍ عَلَىٰ غَيْرِهِ بَعْدَ تَمَامِ

قوله: إِلَّا إِذَا كَانَ بِخِلَافِ جِنْسِ حَقِّهِ، أي إذا كان ما حصل من سعاية العبد بخلاف جنس حق المرتَهن لا يقضي به الدين بل يطالبها حاليًا للكسب إلا أن يوفيه الدين.

قوله: لِأَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ، في المغرب: الخراج ما يخرجُ من غلَّة الأرض أو الغلام، ومنه: الخراج بالضمان، أي الغلة بسبب أن ضمنه، ثمَّ يسمَّىٰ ما يأخذه السلطان خراجًا فيقال: أدَّىٰ خراج أرضه، وأدَّىٰ أهل الذمة خراج رؤوسهم، يعني الجزية، وعبد مخارجٌ قد خارجه سيِّده إذا اتَّفقا علىٰ ضريبة يردُّها عند انقضاء كل شهرٍ.

قوله: أَمَّا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ أَقَلَّ نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ في هذا الباب، في مسئلة استيلاد الأمة المرهونة وهو قوله: بخلاف المعتق حيث يسعىٰ في الأقلِّ من الدين ومن القيمة.

قوله: إِنَّمَا يَسْعَىٰ لِتَحْصِيلِ العِتْقِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لِتَكْمِيلِهِ، عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ إعتاق البعض لا يكون إعتاق الكلِّ، فتكون السعاية لتحصيل الباقي والعبد

إِعْتَاقِهِ فَصَارَ كَمُعِيرِ الرَّهْنِ، ثُمَّ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَوْجَبَ السِّعَايَةَ فِي الْمُسْتَسْعَىٰ الْمُشْتَرَكِ فِي حَالَتَيِ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ، وَفِي الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ شَرَطَ الإِعْسَارَ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ لِلْمُرْتَهِنِ حَقُّ الْمِلْكِ وَأَنَّهُ أَدْنَىٰ مِنْ حَقِيقَتِهِ الثَّابِتَةِ لِلشَّرِيكِ السَّاكِتِ فَوَجَبَ السِّعَايَةُ هُنَا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ إِظْهَارُ النُّقْصَانِ رُتْبَتَهُ، بِخِلَافِ الْمُشْتَرَىٰ قَبْلَ الْقَبْضِ إِذَا أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي حَيْثُ لَا يَسْعَىٰ لِلْبَائِعِ إِلَّا رِوَايَةً عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَالْمَرْهُونُ يَسْعَىٰ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ فِي الْحَبْسِ أَضْعَفُ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَا يَمْلِكُهُ فِي الآخِرَةِ وَلَا يُسْتَوْفَىٰ مِنْ عَيْنِهِ، وَكَذٰلِكَ يَبْطُلُ حَقُّهُ فِي الْحَبْسِ بِالْإِعَارَةِ مِنَ الْمُشْتَرِي، وَالْمُرْتَهِنُ يَنْقَلِبُ حَقُّهُ مِلْكًا، وَلَا يَبْطُلُ حَقُّهُ بِالْإِعَارَةِ مِنَ الرَّاهِنِ حَتَّىٰ يُمْكِنَهُ الِاسْتِرْدَادُ، فَلَوْ أَوْجَبْنَا السِّعَايَةَ فِيهِمَا لَسَوَّيْنَا بَيْنَ الْحَقَّيْنِ وَذٰلِكَ لَا يَجُوزُ (وَلَوْ أَقَرَّ الْمَوْلَىٰ بِرَهْنِ عَبْدِهِ بِأَنْ قَالَ لَهُ: رَهَنْتُكَ عِنْدَ فُلَانٍ وَكَذَّبَهُ الْعَبْدُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ تَجِبُ السِّعَايَةُ) عِنْدَنَا خِلَافًا

بما يسعىٰ يملك عوض ما أدّىٰ، فلا يرجعُ به حتى لا يستحقَّ عوضين بإزاء مالٍ واحدٍ، وعندهما إعتاق البعض إعتاق الكلِّ فتكون السعاية لتكميله، وهذا لأنَّ الكل وإن عتق على المعتق وصار ملكًا له إلا أنَّ الثابت ملكٌ لا قرارَ له فيصير ثابتًا في حقِّ نفاذ العتق، وأمَّا فيما عدا ذلك يعتبَر الملك ثابتًا للسَّاكت ومنتقلًا إلى العبد.

قوله: وَالْمُرْتَهِنُ يَنْقَلِبُ حَقُّهُ مِلْكًا، بأن هلك الرهنُ في يده يكون المرتَهن مالكًا له من حيث المالية، وأمَّا حقُّ البائع فقط لا يصيرُ ملكًا من جهة المشتري بحالٍ.

لِزُفَرَ، وَهُوَ يُعْتَبَرُ، بِإِقْرَارِهِ بَعْدَ العِتْقِ وَنَحْنُ نَقُولُ أَقَرَّ بِتَعَلُّقِ الحَقِّ فِي حَالٍ يَمْلِكُ التَّعْلِيقَ فِيهِ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فَيَصِحُّ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ العِتْقِ؛ لِأَنَّهُ حَالَ انْقِطَاعِ الوِلَايَةِ، (وَلَوْ دَبَّرَهُ الرَّاهِنُ صَحَّ تَدْبِيرُهُ بِالِاتِّفَاقِ) أَمَّا عِنْدَنَا فَظَاهِرٌ، وَكَذَا عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لَا يَمْنَعُ البَيْعَ عَلَىٰ أَصْلِهِ (وَلَوْ كَانَتْ أَمَةً فَاسْتَوْلَدَهَا الرَّاهِنُ صَحَّ الِاسْتِيلَادُ بِالِاتِّفَاقِ) ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ بِأَدْنَىٰ الحَقَّيْنِ وَهُوَ مَا لِلْأَبِ فِي جَارِيَةِ الِابْنِ فَيَصِحُّ بِالْأَعْلَىٰ (وَإِذَا صَحَّا خَرَجَا مِنَ الرَّهْنِ) لِبُطْلَانِ المَحَلِّيَّةِ؛ إِذْ لَا يَصِحُّ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُمَا (فَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ مُوسِرًا ضَمِنَ قِيمَتَهُمَا) عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ

قوله: أَقَرَّ بِتَعَلُّقِ الحَقِّ فِي حَالٍ يَمْلِكُ التَّعْلِيقَ فِيهِ، وهذا لأنه لمَّا مَلَكَ إنشاء الرهن قبل العتق يكون مالكًا تعليقَ عتقه بأداء السعاية فيصحُّ إقراره بما يملكُ إنشاءه، إذ الولاية باعتبار الملك قائمٌ فلم يعتبَر تكذيب العبد.

قوله: وَإِذَا صَحَّا - أي التدبير والاستيلاد - خَرَجَا مِنَ الرَّهْنِ، لِبُطْلَانِ المَحَلِّيَّةِ، وهذا عندنا، وأمَّا عند الشافعي رحمه الله تعالىٰ فالمدبر لا يخرج لأنه قابلٌ لِمَا هو حكم الرهن عنده، وأمّ الولد تخرج لأنَّها لا تقبل حكم الرهن فإنه لا يجوز بيعها بالاتفاق، والفرق له بين الاستيلاد والإعتاق أنَّ الأمومية إنَّما تثبت بالنسب، وإنه لا يتوقّف عنده على الدعوة بل يثبت بنفس الوطء وإنه ليس بممنوعٍ عنه، فإنَّ الراهن عنده لا يمنع من الانتفاع بالمرهون، ولا يصحُّ الحجز عن الوطء لحقِّ المرتَهن لأنه عسىٰ أن لا تعلق فصحَّ الاستيلاد فلا يتوقَّف علىٰ إذن المرتَهن، بخلاف الإعتاق فإنه يوجب بطلان حق المرتَهن لا محالةَ فيمنع منه بدون إذنه.

قوله: عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي الإِعْتَاقِ، أي إذا كان الدين حالًا طولبَ بأداء

فِي الإِعْتَاقِ (وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا اسْتَسْعَىٰ المُرْتَهِنُ المُدَبَّرَ وَأُمَّ الوَلَدِ فِي جَمِيعِ الدَّيْنِ) ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُمَا مَالُ المَوْلَىٰ، بِخِلَافِ المُعْتَقِ حَيْثُ يَسْعَىٰ فِي الأَقَلِّ مِنَ الدَّيْنِ وَمِنَ القِيمَةِ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ حَقُّهُ، وَالْمُحْتَبَسُ عِنْدَهُ لَيْسَ إِلَّا قَدْرَ القِيمَةِ فَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ، وَحَقُّ المُرْتَهِنِ بِقَدْرِ الدَّيْنِ فَلَا تَلْزَمُهُ الزِّيَادَةُ وَلَا يَرْجِعَانِ بِمَا يُؤَدِّيَانِ عَلَى المَوْلَىٰ بَعْدَ يَسَارِهِ؛ لِأَنَّهُمَا أَدَّيَاهُ مِنْ مَالِ المَوْلَىٰ، وَالْمُعْتَقُ يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهُ أَدَّىٰ مِلْكَهُ عَنْهُ وَهُوَ مُضْطَرٌّ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَقِيلَ الدَّيْنُ إِذَا كَانَ مُؤَجَّلًا يَسْعَىٰ المُدَبَّرُ فِي قِيمَتِهِ قِنًّا؛ لِأَنَّهُ عِوَضُ الرَّهْنِ حَتَّىٰ تُحْبَسَ مَكَانَهُ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ العِوَضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ حَالًّا؛ لِأَنَّهُ يَقْضِي بِهِ الدَّيْنَ، وَلَوْ أَعْتَقَ الرَّاهِنُ المُدَبَّرَ وَقَدْ قَضَىٰ عَلَيْهِ بِالسِّعَايَةِ أَوْ لَمْ يَقْضِ لَمْ يَسْعَ إِلَّا بِقَدْرِ القِيمَةِ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ بَعْدَ العِتْقِ مِلْكُهُ، وَمَا أَدَّاهُ قَبْلَ العِتْقِ لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَىٰ مَوْلَاهُ لِأَنَّهُ أَدَّاهُ مِنْ مَالِ المَوْلَىٰ.

الدين، وإن كان مؤجلًا أخذت القيمة وجعلت رهنًا مكانَها حتَّىٰ يحلَّ الدين، فإذا حلَّ الدين اقتضاه بحقِّه إذا كان جنس حقِّه وردَّ الفضل.

قوله: بِخِلَافِ المُعْتَقِ حَيْثُ يَسْعَىٰ فِي الأَقَلِّ مِنَ الدَّيْنِ وَمِنَ القِيمَةِ، هذا هو الذي وعده بقوله: أمَّا إذا كان الدين أقلَّ نذكره، وقيل: الدين إذا كان مؤجلًا لم يسع المدبر إلا في مقدار قيمته لأنَّ الدين المؤجل لا يجب قضاؤه، وإنما يجبُ ردُّ عوض الرهن إلى يد المرتَهن فيقدَّر وجوب العوض بقدر ما فوت من المعوض، فأمَّا إذا كان الدين حالًا فالقضاء واجبٌ من مال الراهن وكسبه ملكه فيستسعىٰ في كله.

قَالَ: (وَكَذٰلِكَ لَوِ اسْتَهْلَكَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ) ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ مُحْتَرَمٌ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِالْإِتْلَافِ، وَالضَّمَانُ رَهْنٌ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ العَيْنِ (فَإِنِ اسْتَهْلَكَهُ أَجْنَبِيٌّ فَالْمُرْتَهِنُ هُوَ الخَصْمُ فِي تَضْمِينِهِ فَيَأْخُذُ القِيمَةَ وَتَكُونُ رَهْنًا فِي يَدِهِ) ؛ لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِعَيْنِ الرَّهْنِ حَالَ قِيَامِهِ فَكَذَا فِي اسْتِرْدَادِ مَا قَامَ مَقَامَهُ، وَالْوَاجِبُ عَلَىٰ هٰذَا الْمُسْتَهْلِكِ قِيمَتُهُ يَوْمَ هَلَكَ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ اسْتَهْلَكَهُ خَمْسَمِائَةٍ وَيَوْمَ رَهَنَ أَلْفًا غَرِمَ خَمْسَمِائَةٍ وَكَانَتْ رَهْنًا وَسَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ خَمْسُمِائَةٍ فَصَارَ الحُكْمُ فِي الخَمْسِمِائَةِ الزِّيَادَةَ كَأَنَّهَا هَلَكَتْ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي ضَمَانِ الرَّهْنِ القِيمَةُ يَوْمَ القَبْضِ لَا يَوْمَ الفِكَاكِ؛ لِأَنَّ القَبْضَ السَّابِقَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَبْضُ اسْتِيفَاءٍ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَقَرَّرُ عِنْدَ الهَلَاكِ (وَلَوِ اسْتَهْلَكَهُ

قوله: وَكَذٰلِكَ لَوِ اسْتَهْلَكَ الرَّاهِنُ، الجوابُ فيه كالجواب فيما إذا أعتق الراهن الرهن، إلا في السعاية لاستحالة وجوب السعاية على المستهلك.

قوله: وَالْوَاجِبُ عَلَىٰ هٰذَا الْمُسْتَهْلِكِ قِيمَتُهُ يَوْمَ هَلَكَ، أي استهلكَ، قيَّد بقوله: هذا المستهلك، احترازًا عن استهلاك المرتَهن، فإنَّ عليه قيمته يوم قبض علىٰ ما يجيء، وكذلك في الهلاك يعتبَر قيمته يوم قبض لا يوم هلك.

قوله: كَأَنَّهَا هَلَكَتْ بِآفَةٍ، ولا يُقال: بأنَّ الرهنَ لو كان باقيًا كما كان وقد تراجعَ السعرُ وانتقصت قيمته فإنه لا يسقطُ من الدين شيءٌ؟ قلنا: لأنَّ ثمَّ العين باقٍ كما كان، وإنَّما حصلَ التغير بسبب التَّراجع والعين بحالٍ يمكن أن يصير ماليةً بالتَّراجع كما كان يوم القبض فلم يعتبر التغير، وههنا التغير الحاصلُ بالتَّراجع استقرَّ بالهلاك ولم يبق علىٰ حالٍ

الْمُرْتَهِنُ وَالدَّيْنُ مُؤَجَّلٌ غَرِمَ القِيمَةَ) ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مِلْكَ الغَيْرِ (وَكَانَتْ رَهْنًا فِي يَدِهِ حَتَّىٰ يَحِلَّ الدَّيْنُ) ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ بَدَلُ العَيْنِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ (وَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ وَهُوَ عَلَىٰ صِفَةِ القِيمَةِ اسْتَوْفَىٰ الْمُرْتَهِنُ مِنْهَا قَدْرَ حَقِّهِ) ؛ لِأَنَّهُ جِنْسُ حَقِّهِ (ثُمَّ إِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ يَرُدُّهُ عَلَى الرَّاهِنِ) ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ مِلْكِهِ وَقَدْ فَرَغَ عَنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ (وَإِنْ نَقَصَتْ عَنِ الدَّيْنِ بِتَرَاجُعِ السِّعْرِ إِلَىٰ خَمْسِمِائَةٍ وَقَدْ كَانَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ الرَّهْنِ أَلْفًا وَجَبَ بِالِاسْتِهْلَاكِ خَمْسُمِائَةٍ وَسَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ خَمْسُمِائَةٍ) ؛ لِأَنَّ مَا انْتَقَصَ كَالْهَالِكِ وَسَقَطَ الدَّيْنُ بِقَدْرِهِ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ القَبْضِ فَهُوَ مَضْمُونٌ بِالْقَبْضِ السَّابِقِ لَا بِتَرَاجُعِ السِّعْرِ، وَوَجَبَ عَلَيْهِ البَاقِي بِالْإِتْلَافِ وَهُوَ قِيمَتُهُ يَوْمَ أُتْلِفَ.

قَالَ: (وَإِذَا أَعَارَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ لِلرَّاهِنِ لِيَخْدُمَهُ أَوْ لِيَعْمَلَ لَهُ عَمَلًا فَقَبَضَهُ خَرَجَ مِنْ ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ) لِمُنَافَاةٍ بَيْنَ يَدِ العَارِيَّةِ وَيَدِ الرَّهْنِ (فَإِنْ هَلَكَ

يعود ماليته كما كان فاعتبر التغير.

قوله: وَهُوَ عَلَىٰ صِفَةِ القِيمَةِ، أي في الجنس والجودة.

قوله: فَهُوَ مَضْمُونٌ بِالْقَبْضِ السَّابِقِ لَا بِتَرَاجُعِ السِّعْرِ، جواب إشكالٍ وهو أن يقال: لو سقط الدين بقدر ما انتقص كان الرهن مضمونًا على المرتَهن بتَراجع السعر، وليسَ لتَراجع السعر تأثيرٌ في إسقاط شيءٍ من الدين، كما إذا ردَّه إلى الراهن بعد انتقاص قيمته بتَراجع السعر، فأجابَ بأنه مضمونٌ بالقبض السابق لا بتَراجع السعر.

قوله: لِمُنَافَاةٍ بَيْنَ يَدِ العَارِيَّةِ وَيَدِ الرَّهْنِ، لأنَّ الضمان لو كان باقيًا إنَّما يكون

فِي يَدِ الرَّاهِنِ هَلَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ) لِفَوَاتِ القَبْضِ المَضْمُونِ (وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَسْتَرْجِعَهُ إِلَىٰ يَدِهِ) ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الرَّهْنِ بَاقٍ إِلَّا فِي حُكْمِ الضَّمَانِ فِي الحَالِّ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ هَلَكَ الرَّاهِنُ قَبْلَ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَىٰ المُرْتَهِنِ كَانَ المُرْتَهِنُ أَحَقَّ بِهِ مِنْ سَائِرِ الغُرَمَاءِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ يَدَ العَارِيَّةِ لَيْسَتْ بِلَازِمَةٍ وَالضَّمَانُ لَيْسَ مِنْ لَوَازِمِ الرَّهْنِ عَلَىٰ كُلِّ حَالٍ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ ثَابِتٌ فِي وَلَدِ الرَّهْنِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا بِالْهَلَاكِ، وَإِذَا بَقِيَ عَقْدُ الرَّهْنِ فَإِذَا أَخَذَهُ عَادَ الضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُ عَادَ القَبْضُ فِي عَقْدِ الرَّهْنِ فَيَعُودُ بِصِفَتِهِ (وَكَذٰلِكَ لَوْ أَعَارَهُ أَحَدُهُمَا أَجْنَبِيًّا بِإِذْنِ الآخَرِ سَقَطَ حُكْمُ الضَّمَانِ)

باعتبار بقاء يد المرتَهن، وبقاء يد المرتَهن إنَّما يتحقَّق أن لو كان يد الراهن يد المرتَهن، وهذا غير ممكنٌ لأنَّ قبض المرتَهن قبض مضمونٌ وقبض الراهن غير مضمون، وبين كونه مضمونًا وغير مضمون منافاةٌ، فلا ينوب غير المضمون عن المضمون، ولا يقال: بأن يد الراهن بالاستعارة يجعل يد أمانةٍ في حقه ويد ضمان في حق المرتَهن كما في فصل العدل، فإنَّ يد العدل يد أمانةٍ في حقِّ نفسه في المالية ويد ضمان في حق المرتَهن فكذا هذا؟ لأنا نقول: لا يمكن ههنا إبقاء ضمان الرهن باعتبار القبض لأنَّ القبض قد انتقض، وإنَّما يجعل باقيًا حكمًا باعتبار اليد حكمًا إذا أمكن جعل يد الراهن يد المرتَهن، وذلك غير ممكنٍ لمنافاةٍ بين اليدين، لأنَّ يد المرتَهن يد الحبس عن المالك، ويد العارية يد الاستعمال للملك، وبين الحبس عن المالك وبين ثبوت الاستعمال للملك تنافٍ، ولا تتحقَّق هذه المنافات في فصل العدل، لأنَّ يد العدل يد حبس عن المالك، كما أنَّ يد المرتَهن يد حبس عن المالك، فلذلك افترَقا.

قوله: سَقَطَ حُكْمُ الضَّمَانِ، لِمَا قُلْنَا، أي من المنافاة بين يد العارية ويد الراهن.

لِمَا قُلْنَا (وَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرُدَّهُ رَهْنًا كَمَا كَانَ) ؛ لِأَنَّ لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقًّا مُحْتَرَمًا فِيهِ وَهٰذَا بِخِلَافِ الإِجَارَةِ وَالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ مِنْ أَجْنَبِيٍّ إِذَا بَاشَرَهَا أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ الآخَرِ حَيْثُ يَخْرُجُ عَنِ الرَّهْنِ فَلَا يَعُودُ إِلَّا بِعَقْدٍ مُبْتَدَإٍ (وَلَوْ مَاتَ الرَّاهِنُ قَبْلَ الرَّدِّ إِلَى المُرْتَهِنِ يَكُونُ المُرْتَهِنُ أُسْوَةً لِلْغُرَمَاءِ) ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِالرَّهْنِ حَقٌّ لَازِمٌ بِهٰذِهِ التَّصَرُّفَاتِ فَيَبْطُلُ بِهِ حُكْمُ الرَّهْنِ، أَمَّا بِالْعَارِيَّةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ لَازِمٌ فَافْتَرَقَا (وَإِذَا اسْتَعَارَ المُرْتَهِنُ الرَّهْنَ مِنَ الرَّاهِنِ لِيَعْمَلَ بِهِ فَهَلَكَ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَ فِي العَمَلِ هَلَكَ عَلَىٰ ضَمَانِ الرَّهْنِ) لِبَقَاءِ يَدِ الرَّهْنِ (وَكَذَا إِذَا هَلَكَ بَعْدَ الفَرَاغِ مِنَ العَمَلِ) لِارْتِفَاعِ يَدِ العَارِيَّةِ (وَلَوْ هَلَكَ فِي حَالَةِ العَمَلِ هَلَكَ بِغَيْرِ ضَمَانٍ) لِثُبُوتِ يَدِ العَارِيَّةِ بِالِاسْتِعْمَالِ، وَهِيَ مُخَالِفَةٌ لِيَدِ الرَّاهِنِ فَانْتَفَىٰ الضَّمَانُ (وَكَذَا إِذَا أَذِنَ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ بِالِاسْتِعْمَالِ) لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَمَنِ اسْتَعَارَ مِنْ غَيْرِهِ ثَوْبًا لِيَرْهَنَهُ فَمَا رَهَنَهُ بِهِ مِنْ قَلِيلٍ أَوْ

قوله: وَهٰذَا بِخِلَافِ الإِجَارَةِ وَالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ مِنْ أَجْنَبِيٍّ، قيَّد بقوله: مِنْ أَجْنَبِيٍّ، لأنه لو أعار المرتَهنُ الرهنَ من الراهن، أو آجره منه، أو أوْدَعه عنده، كان للمرتَهن أن يسترده والإجارة باطلةٌ، كذا في فتاوىٰ قاضي خان وغيره.

قوله: لِثُبُوتِ يَدِ العَارِيَّةِ بِالِاسْتِعْمَالِ، وهيَ مخالفةٌ ليد الرهن، لأنَّ يد العارية غير مضمونٍ وقبض الرهن مضمون، فإذا ثبتت يد العارية بالاستعمال انتفى الضمان.

قوله: لِمَا بَيَّنَّاهُ، أي من مخالفة يد الرهن يد العارية.

كَثِيرٍ فَهُوَ جَائِزٌ) ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِإِثْبَاتِ مِلْكِ اليَدِ فَيُعْتَبَرُ بِالتَّبَرُّعِ بِإِثْبَاتِ مِلْكِ العَيْنِ وَالْيَدِ وَهُوَ قَضَاءُ الدَّيْنِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَنْفَصِلَ مِلْكُ اليَدِ عَنْ مِلْكِ العَيْنِ ثُبُوتًا لِلْمُرْتَهِنِ كَمَا يَنْفَصِلُ زَوَالًا فِي حَقِّ البَائِعِ، وَالْإِطْلَاقُ وَاجِبُ الِاعْتِبَارِ خُصُوصًا فِي الإِعَارَةِ؛ لِأَنَّ الجَهَالَةَ فِيهَا لَا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ (وَلَوْ عَيَّنَ قَدْرًا لَا يَجُوزُ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يَرْهَنَهُ بِأَكْثَرَ مِنْهُ، وَلَا بِأَقَلَّ مِنْهُ) ؛ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ، ....

قوله: وَهُوَ قَضَاءُ الدَّيْنِ، فإنه لو استأذن أن يقضي دينًا عليه بماله كان صحيحًا، وكذا إذا تبَرَّع إنسانٌ بقضاء دين غيره فإذا جاز أن يثبت له ملك اليد والعين بإيفاء غير المديون من ماله بطريق التبرُّع يجوز أن يثبت له ملك اليد بالرهن أيضًا.

قوله: وَيَجُوزُ أَنْ يَنْفَصِلَ مِلْكُ اليَدِ عَنْ مِلْكِ العَيْنِ ثُبُوتًا لِلْمُرْتَهِنِ، أي يجوز أن يثبت له ملك اليد دون ملك العين، كَمَا يَنْفَصِلُ زَوَالًا فِي حَقِّ البَائِعِ، أي كما يجوز أن يزول ملك اليد عن البائع دون ملك العين، بأن باع بشرط الخيار وسلم إلى المشتري فزال يده لا ملكه.

قوله: وَالْإِطْلَاقُ وَاجِبُ الِاعْتِبَارِ، يعني إذا أطلق الإعارة في الرهن ولم يسمِّ ما يرهنه به بعشرة أو تسعة أو بدراهم أو بدنانير، أو يرهنه من زيد أو عمرو، كان للمستعير أن يعمل بموجب الإطلاق.

قوله: خُصُوصًا فِي الإِعَارَةِ، لأنَّ مبناها على المسامحة فلا يجري فيها المضايقة، والجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة، فإنَّ من استعار دابةً له أن يركب بنفسه، وله أن يركب غيره، وله أن يحمل ما شاء.

وَهُوَ يَنْفِي الزِّيَادَةَ؛ لِأَنَّ غَرَضَهُ الِاحْتِبَاسُ بِمَا تَيَسَّرَ أَدَاؤُهُ، وَيَنْفِي النُّقْصَانَ أَيْضًا؛ لِأَنَّ غَرَضَهُ أَنْ يَصِيرَ مُسْتَوْفِيًا لِلْأَكْثَرِ بِمُقَابَلَتِهِ عِنْدَ الهَلَاكِ لِيَرْجِعَ بِهِ عَلَيْهِ (وَكَذٰلِكَ التَّقْيِيدُ بِالْجِنْسِ وَبِالْمُرْتَهِنِ وَبِالْبَلَدِ) ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذٰلِكَ مُفِيدٌ لِتَيَسُّرِ البَعْضِ بِالْإِضَافَةِ إِلَى البَعْضِ وَتَفَاوُتِ الأَشْخَاصِ فِي الأَمَانَةِ وَالْحِفْظِ (فَإِذَا خَالَفَ كَانَ ضَامِنًا، ثُمَّ إِنْ شَاءَ المُعِيرُ ضَمَّنَ المُسْتَعِيرَ وَيَتِمُّ عَقْدُ الرَّهْنِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ المُرْتَهِنِ) ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهَنَ مِلْكَ نَفْسِهِ (وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ، وَيَرْجِعُ المُرْتَهِنُ بِمَا ضَمِنَ وَبِالدَّيْنِ عَلَى الرَّاهِنِ) وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الِاسْتِحْقَاقِ (وَإِنْ وَافَقَ) بِأَنْ رَهَنَهُ بِمِقْدَارِ مَا أَمَرَهُ بِهِ (إِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ أَوْ أَكْثَرَ فَهَلَكَ عِنْدَ المُرْتَهِنِ يَبْطُلُ المَالُ عَنِ الرَّاهِنِ) لِتَمَامِ الِاسْتِيفَاءِ

قوله: وَهُوَ يَنْفِي الزِّيَادَةَ، أي تعيين المعير بأن يرهن المستعير بقدر من المال ينفي الزيادة، لِأَنَّ غَرَضَهُ الِاحْتِبَاسُ بِمَا تَيَسَّرَ أَدَاؤُهُ، أو على المستعير، وَيَنْفِي النُّقْصَانَ أَيْضًا، لأنه ربَّما يرضى المعير بأن يصير المرتَهن عند الهلاك مستوفيًا للأكثر ليرجع هو على المستعير بذلك، فإذا رهنه بأقلّ فعند الهلاك إنَّما يرجع المعير على المستعير بذلك القدر فلم يحصل غرضه.

قوله: لِتَيَسُّرِ البَعْضِ بِالْإِضَافَةِ إِلَى البَعْضِ، يرجع إلى القيد بالجنس، أي قد تيسَّر على المعير أو على المستعير أداء جنسٍ دون جنسٍ، وتفاوت الأشخاص في الأمانة يرجع إلى القيد بالمرتَهن، وقوله: وَالْحِفْظِ، إلى القيد بالبلد.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الِاسْتِحْقَاقِ، أي في استحقاق الرَّهن قبل هذا الباب.

بِالْهَلَاكِ (وَوَجَبَ مِثْلُهُ لِرَبِّ الثَّوْبِ عَلَى الرَّاهِنِ) ؛ لِأَنَّهُ صَارَ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِمَالِهِ بِهٰذَا القَدْرِ وَهُوَ المُوجِبُ لِلرُّجُوعِ دُونَ القَبْضِ بِذَاتِهِ؛ لِأَنَّهُ بِرِضَاهُ، وَكَذٰلِكَ إِنْ أَصَابَهُ عَيْبٌ ذَهَبَ مِنَ الدَّيْنِ بِحِسَابِهِ وَوَجَبَ مِثْلُهُ لِرَبِّ الثَّوْبِ عَلَى الرَّاهِنِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ.

(وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنَ الدَّيْنِ ذَهَبَ بِقَدْرِ القِيمَةِ وَعَلَى الرَّاهِنِ بَقِيَّةُ دَيْنِهِ لِلْمُرْتَهِنِ) ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعَ الِاسْتِيفَاءُ بِالزِّيَادَةِ عَلَىٰ قِيمَتِهِ وَعَلَىٰ الرَّاهِنِ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ مَا صَارَ بِهِ مُوفِيًا لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَلَوْ كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ فَأَرَادَ المُعِيرُ أَنْ يَفْتَكَّهُ جَبْرًا عَنِ الرَّاهِنِ لَمْ يَكُنْ لِلْمُرْتَهِنِ إِذَا قَضَىٰ دَيْنَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ) ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَبَرِّعٍ حَيْثُ يُخَلِّصُ مِلْكَهُ

قوله: وَوَجَبَ مِثْلُهُ لِرَبِّ الثَّوْبِ عَلَى الرَّاهِنِ، أي مثل ما سقطَ عن الراهن بِهلاك الثوب.

قوله: عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وهو قوله: لِأَنَّهُ صَارَ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِمَالِهِ، وقوله: لِمَا بَيَّنَّاهُ، راجعٌ إلىٰ هذا أيضًا.

قوله: وَلَوْ كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ فَأَرَادَ المُعِيرُ أَنْ يَفْتَكَّهُ جَبْرًا عَنِ الرَّاهِنِ، أي أراد أن يفتكه نيابةً عن الراهن جبرًا على المرتَهن، ولفظ محمد رحمه الله تعالىٰ في هذه المسئلة: حين اعتبر الراهن، ذكر شمس الأئمة السرخسي والإمام البزدوي رحمهما الله تعالىٰ: لم يكن للمرتَهن أن يمتنع لأنه غير متبَرع حيث يخلص ملكه، بخلاف ما إذا تبَرع أجنبيٌّ بقضاء الدين فلربِّ الدين أن لا يقبلهْ منه، لأنه تبَرع، لأنه لا يسعىٰ في تخليص ملكه أو تفريغ ذمَّته.

وَلِهٰذَا يَرْجِعُ عَلَىٰ الرَّاهِنِ بِمَا أَدَّىٰ المُعِيرُ فَأُجْبِرَ المُرْتَهِنُ عَلَىٰ الدَّفْعِ (بِخِلَافِ الأَجْنَبِيِّ إِذَا قَضَىٰ الدَّيْنَ) ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ؛ إِذْ هُوَ لَا يَسْعَىٰ فِي تَخْلِيصِ مِلْكِهِ وَلَا فِي تَفْرِيغِ ذِمَّتِهِ فَكَانَ لِلطَّالِبِ أَنْ لَا يَقْبَلَهُ (وَلَوْ هَلَكَ الثَّوْبُ العَارِيَةُ عِنْدَ الرَّاهِنِ قَبْلَ أَنْ يَرْهَنَهُ أَوْ بَعْدَ مَا افْتَكَّهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِيرُ قَاضِيًا بِهٰذَا، وَهُوَ المُوجِبُ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا (وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي ذٰلِكَ فَالقَوْلُ لِلرَّاهِنِ) لِأَنَّهُ يُنْكِرُ الإِيفَاءَ بِدَعْوَاهُ الهَلَاكَ

قوله: وَلِهٰذَا يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمَا أَدَّىٰ، إذا كان ما أدَّاه بقدر المضمون لا أكثر منه، لأنه ذكر في الإيضاح وفي فتاوى قاضي خان: فإن عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يملك به الدين، ولا يرجع بأكثر من ذلك، بيانه: إذا كانت قيمة الرهن ألفًا فرهنه بألفين فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به وهو الألف، ولا يرجع بأكثر من الألف، لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك، فكذا إذا افتكّه كان متبرِّعًا بالزيادة، فإن قيل: لا يتوصَّل إلىٰ تخليص ملكه إلَّا بإيفاء جميع الدين فلم يكن متبرِّعًا؟ قلنا: الضمان إنَّما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه، فكان الرجوع عليه بقدر ما يتحقَّق به الإيفاء.

قوله: وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي ذٰلِكَ، أي المعير والمستعير بأن قال المعير: هلك في وقت الحبس، وقال المستعير وهو الراهن: هلك قبل الرهن أو بعد الافتكاك، فالقول قول المستعير وهو الراهن مع يمينه، لأنَّ الضمان إنَّما يجب على المستعير بإيفاء الدين منه وهو ينكر الإيفاء، فإن قيل: قد صار مضمونًا عليه بالرهن وهو يدَّعي سقوط الضمان بالافتكاك فلا يقبلُ قوله في ذلك إلا بحجةٍ، كالغاصب يدعي ردَّ المغصوب، قلنا: الرَّهن وإن كان إثبات يد الاستيفاء ولكن حقيقة الاستيفاء بالهلاك، فإذا أنكَر الهلاك في يد المرتَهن فقد

فِي هَاتَيْنِ الحَالَتَيْنِ. (كَمَا لَوِ اخْتَلَفَا فِي مِقْدَارِ مَا أَمَرَهُ بِالرَّهْنِ بِهِ فَالْقَوْلُ لِلْمُعِيرِ) ؛ لِأَنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ فِي إِنْكَارِ أَصْلِهِ فَكَذَا فِي إِنْكَارِ وَصْفِهِ (وَلَوْ رَهَنَهُ المُسْتَعِيرُ بِدَيْنٍ مَوْعُودٍ وَهُوَ أَنْ يَرْهَنَهُ بِهِ لِيُقْرِضَهُ كَذَا فَهَلَكَ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ قَبْلَ الإِقْرَاضِ وَالْمُسَمَّىٰ وَالْقِيمَةُ سَوَاءٌ يَضْمَنُ قَدْرَ المَوْعُودِ المُسَمَّىٰ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ كَالْمَوْجُودِ وَيَرْجِعُ المُعِيرُ عَلَىٰ الرَّاهِنِ بِمِثْلِهِ؛ لِأَنَّ سَلَامَةَ مَالِيَّةِ الرَّهْنِ بِاسْتِيفَائِهِ مِنَ المُرْتَهِنِ كَسَلَامَتِهِ

أنكر الإيفاء حقيقةً والضمان ينشأ منه فكان منكرًا للضمان.

قوله: كَمَا لَوِ اخْتَلَفَا فِي مِقْدَارِ مَا أَمَرَهُ بِالرَّهْنِ بِهِ، هكذا وقع في النسخ، ولكن الصواب: ولو اختلفا في مقدار ما أمره، مكان «كما»، لأنه في لفظ «كما» يختلف الغرض، إذ في الأوَّل القولُ للراهن وهو المستعير، وفي الثاني القولُ قول المعير فكيف يصحُّ التشبيه؟ إلا أن يقال: التشبيه في الإنكار من غير نظرٍ إلىٰ كون المنكر معيرًا أو مستعيرًا.

قوله: فِي إِنْكَارِ أَصْلِهِ، أي العارية بتأويل عقد العارية.

قوله: يَضْمَنُ قَدْرَ المَوْعُودِ، أي المرتَهن للراهن.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلىٰ ما ذكر في باب ما يجوز ارتهانه بقوله: لأنَّ الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة.

قوله: لِأَنَّ سَلَامَةَ مَالِيَّةِ الرَّهْنِ بِاسْتِيفَائِهِ، إلخ، بيانه أنَّ الدينَ الموعود كالموجود، فلو كان الدين موجودًا هلكَ الرهن في ضمان المرتَهن يُسلّم للراهن مالية الرهن بسبب براءة ذمته عن الدين، وفي الموعود إذا هلك الرهن في يد المرتَهن يضمن المرتَهن للرَّاهن المسمَّىٰ من الدين، فإذا استوفاه من المرتَهن وهو ومالية الرهن سواءٌ يصير الراهن مستوفيًا

بِبَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ عَنْهُ (وَلَوْ كَانَتِ العَارِيَّةُ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ المُعِيرُ جَازَ) لِقِيَامِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ (ثُمَّ المُرْتَهِنُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ رَجَعَ بِالدَّيْنِ عَلَىٰ الرَّاهِنِ) ؛ لِأَنَّـهُ لَمْ يَسْتَوْفِهِ (وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ المُعِيرُ قِيمَتَهُ) ؛ لِأَنَّ الحَقَّ قَدْ تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ بِرِضَاهُ وَقَدْ أَتْلَفَهُ بِالْإِعْتَاقِ (وَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ إِلَىٰ أَنْ يَقْبِضَ دَيْنَهُ فَيَرُدَّهَا إِلَى المُعِيرِ) ؛ لِأَنَّ اسْتِرْدَادَ القِيمَةِ كَاسْتِرْدَادِ العَيْنِ (وَلَوِ اسْتَعَارَ عَبْدًا أَوْ دَابَّةً لِيَرْهَنَهُ فَاسْتَخْدَمَ العَبْدَ أَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ قَبْلَ أَنْ يَرْهَنَهُمَا ثُمَّ رَهَنَهُمَا بِمَالٍ مِثْلِ قِيمَتِهِمَا ثُمَّ قَضَىٰ المَالَ فَلَمْ يَقْبِضْهُمَا حَتَّىٰ هَلَكَا عِنْدَ المُرْتَهِنِ فَلَا ضَمَانَ عَلَىٰ الرَّاهِنِ) ؛ لِأَنَّـهُ قَدْ بَرِئَ مِنَ

مالية الرهن بواسطة الاستيفاء، وفي فصل السلامة بواسطة البَراءة يرجعُ المعير بمثله على الراهن، فكذلك في فصل السلامة بالاستيفاء.

قوله: لِأَنَّ الحَقَّ قَدْ تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ، أي حقُّ المرتَهن تعلَّق بمالية الرهن برضا المعير وقد استهلكه بالإعتاق فصار كما استهلكه بالإتلاف، وهو في هذا الحكم كأجنبيٍّ آخر فيضمن قيمته ثمَّ يرده على المعير لأنَّ استِرداد القيمة كاستِرداد العين، ولو أخذ المعيرُ الرهنَ من المرتَهن ثمَّ استَرده المرتَهن كان رهنًا عنده إلىٰ أن يقبض دينه، فإذا قبَض يردَّه على المعير، كذا هذا.

قوله: لِأَنَّـهُ قَدْ بَرِئَ مِنَ الضَّمَانِ حِينَ رَهَنَهُمَا، أي ضمان التعدِّي بالاستخدام والركوب لا ضمان قضاء الدين، فإنَّ المعير يرجع على الراهن بضمان قضاء الدين، لأنَّ الراهن بعد ما قضى الدين لمَّا هلك الرهن في يد المرتَهن فيرجع بما أدَّىٰ إليه من الدين، لأنَّ الرهن لمَّا هلك في يد المرتَهن يصير مستوفيًا حقَّه من مالية الرهن، فيردُّ إلى الراهن ما

الضَّمَانِ حِينَ رَهَنَهُمَا، فَإِنَّهُ كَانَ أَمِينًا خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إِلَىٰ الوِفَاقِ (وَكَذَا إِذَا افْتَكَّ الرَّهْنَ ثُمَّ رَكِبَ الدَّابَّةَ أَوِ اسْتَخْدَمَ العَبْدَ فَلَمْ يَعْطَبْ ثُمَّ عَطِبَ بَعْدَ ذٰلِكَ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ لَا يَضْمَنُ) ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ الفِكَاكِ بِمَنْزِلَةِ المُودَعِ لَا بِمَنْزِلَةِ المُسْتَعِيرِ لِانْتِهَاءِ حُكْمِ الِاسْتِعَارَةِ بِالْفِكَاكِ وَقَدْ عَادَ إِلَىٰ الوِفَاقِ فَيَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ المُسْتَعِيرِ؛ لِأَنَّ يَدَهُ يَدُ نَفْسِهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الوُصُولِ إِلَىٰ يَدِ المَالِكِ، أَمَّا المُسْتَعِيرُ فِي الرَّهْنِ فَيَحْصُلُ مَقْصُودُ الآمِرِ وَهُوَ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ عِنْدَ الهَلَاكِ وَتَحَقُّقِ الِاسْتِيفَاءِ.

اقتضاه من الدَّين كيلا يتكرَّر الاستيفاء، فإذا وقع الاستيفاء بمالية الرهن يرجع المعير على الراهن بمالية الرَّهن في قدر ما وقع به الإيفاء.

قوله: فَإِنَّهُ كَانَ أَمِينًا خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إِلَى الوِفَاقِ، فإن قيل: أليسَ أنَّ المستعير إذا خالف بمجاوزة المكان لم يبرأ عن الضمان إذا لم تصل العينُ إلى المالك، وهذا مستعيرٌ قد خالفَ فكيف يبرأ عن الضمان قبل وصول المال إلىٰ صاحبه؟ قلنا: ثمَّ يد المستعير يد نفسه فبالعود إلى المكان المشروط لا يصير رادًّا للعين على المالك لا حقيقةً ولا حكمًا، بخلاف المودع لأنَّ يده كيد المالك فبالعود إلى الوفاق يصير رادًّا عليه حكمًا، وما نحن بصدده نظير مسئلة الوديعة لأنَّ تسليمه إلى المرتَهن يرجع إلىٰ تحقيق مقصود المعير، حتَّىٰ لو هلكَ بعد ذلك يصير دينه مقضيًا فيستوجبُ المعير الرجوعَ على الراهن بمثله، فكان ذلك بمنزلة الردِّ عليه حكمًا، فلهذا برئ من الضمان.

قوله: بِخِلَافِ المُسْتَعِيرِ، أي بخلاف ما إذا استعارَ عينًا لينتفع بها فخالفَ ثمَّ عادَ إلى الوفاق لم يبرأ عن الضمان.

قَالَ: (وَجِنَايَةُ الرَّاهِنِ عَلَىٰ الرَّهْنِ مَضْمُونَةٌ) ؛ لِأَنَّهُ تَفْوِيتُ حَقٍّ لَازِمٍ مُحْتَرَمٍ، وَتَعَلُّقُ مِثْلِهِ بِالْمَالِ يَجْعَلُ المَالِكَ كَالْأَجْنَبِيِّ فِي حَقِّ الضَّمَانِ كَتَعَلُّقِ حَقِّ الوَرَثَةِ بِمَالِ المَرِيضِ مَرَضَ المَوْتِ يَمْنَعُ نَفَاذَ تَبَرُّعِهِ فِيمَا وَرَاءَ الثُّلُثِ، وَالْعَبْدُ المُوصَىٰ بِخِدْمَتِهِ إِذَا أَتْلَفَهُ الوَرَثَةُ ضَمِنُوا قِيمَتَهُ لِيُشْتَرَىٰ بِهَا عَبْدٌ يَقُومُ مَقَامَهُ.

قَالَ: (وَجِنَايَةُ المُرْتَهِنِ عَلَيْهِ تَسْقُطُ مِنْ دَيْنِهِ بِقَدْرِهَا) وَمَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الضَّمَانُ عَلَىٰ صِفَةِ الدَّيْنِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ العَيْنَ مِلْكُ المَالِكِ، وَقَدْ تَعَدَّىٰ عَلَيْهِ المُرْتَهِنُ فَيَضْمَنُهُ لِمَالِكِهِ.

قَالَ: (وَجِنَايَةُ الرَّهْنِ عَلَىٰ الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ وَعَلَىٰ مَالِهِمَا هَدْرٌ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: جِنَايَتُهُ عَلَىٰ المُرْتَهِنِ مُعْتَبَرَةٌ، وَالْمُرَادُ بِالْجِنَايَةِ عَلَىٰ النَّفْسِ مَا يُوجِبُ المَالَ، ....

قوله: وَجِنَايَةُ الرَّاهِنِ عَلَى الرَّهْنِ مَضْمُونَةٌ، لأنه تفويتُ حقٍّ لازمٍ محتَرمٍ، فالمعنى من المحتَرم هو أن يكون غيره ممنوعًا عن إبطاله.

قوله: وَمَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الضَّمَانُ عَلَىٰ صِفَةِ الدَّيْنِ، بأن كان الدَّين دراهم أو دنانير، أمَّا إذا كان الدين مكيلًا فلا يسقطُ.

قوله: وَالْمُرَادُ بِالْجِنَايَةِ عَلَى النَّفْسِ مَا يُوجِبُ المَالَ، وهو ما إذا كانت الجناية خطأً في نفسٍ أو فيما دونَها، أمَّا الجناية الموجبة للقصاص فمعتبَرة، أمَّا على المرتَهن فلا يشكل، وأمَّا على الراهن فلأنَّ المستحق به دمه، والمولىٰ من دمه كأجنبيٍّ آخر، ألا ترىٰ أنَّ

أَمَّا الوِفَاقِيَّةُ فَلِأَنَّهَا جِنَايَةُ المَمْلُوكِ عَلَىٰ المَالِكِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ مَاتَ كَانَ الكَفَنُ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ جِنَايَةِ المَغْصُوبِ عَلَىٰ المَغْصُوبِ مِنْهُ؛ لِأَنَّ المِلْكَ عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ يَثْبُتُ لِلْغَاصِبِ مُسْتَنِدًا حَتَّىٰ يَكُونَ الكَفَنُ عَلَيْهِ، فَكَانَتْ جِنَايَةً عَلَىٰ غَيْرِ المَالِكِ فَاعْتُبِرَتْ وَلَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ أَنَّ الجِنَايَةَ حَصَلَتْ عَلَىٰ غَيْرِ مَالِكِهِ وَفِي الِاعْتِبَارِ فَائِدَةٌ وَهُوَ دَفْعُ العَبْدِ إِلَيْهِ

إقرار المولىٰ عليه بالجناية الموجبة للقصاص لا يصحُّ، وبالجناية الموجبة للمال يصحُّ، وإقراره علىٰ نفسه بالجناية الموجبة للقصاص صحيحٌ، وبالموجبة للمال باطلٌ.

قوله: **أَمَّا الوِفَاقِيَّةُ** - وهو جناية الرهن على الراهن - **فَلِأَنَّهَا جِنَايَةُ المَمْلُوكِ عَلَى المَالِكِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ مَاتَ كَانَ الكَفَنُ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ جِنَايَةِ المَغْصُوبِ عَلَى المَغْصُوبِ مِنْهُ**، فإنَّها تعتبر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، مع أنَّ المغصوبَ مضمونٌ على الغاصب، كما أنَّ المرهون مضمونٌ على المرتَهن، لأنَّ الملكَ عند أداء الضمان يثبتُ على الغاصب مستندًا حتَّىٰ يكون الكفنُ عليه، فتبيَّن أنَّ العبد جنىٰ على غير مالكه فاعتبَرت، فأمَّا ضمانُ الرهن وإن تقرَّر على المرتَهن فلا يوجب الملكَ له في العين، ولهذا لو ماتَ كان الكفن على الراهن فلا يتبيَّن به أنَّ جنايته كانت علىٰ غير مالكه فلهذا كانت هدرًا، فالحاصلُ أنَّ المرهونَ من حيث إنه مضمون المالية كالمغصوب، ومن حيث إنَّ عينه أمانةٌ كالوديعة، فاعتبار أنه كالأمانة من وجهٍ يجعلُ جنايته على المالك هدرًا، وباعتبار أنه كالمغصوب يجعل جنايته على الضمان هدرًا.

قوله: **وَلَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ** - أي في جناية الرهن على المرتَهن - **أَنَّ الجِنَايَةَ حَصَلَتْ عَلَىٰ غَيْرِ مَالِكِهِ وَفِي الِاعْتِبَارِ فَائِدَةٌ**، لأنَّ موجب اعتبار الجناية الدفعُ إلى المجنىٰ عليه وللمرتَهن غرضٌ صحيحٌ في تملُّك العبد وإن سقطَ دينه فوجب أن يعتبر، ورُبَّما يكون

بِالْجِنَايَةِ فَتُعْتَبَرُ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ أَبْطَلَا الرَّهْنَ وَدَفَعَاهُ بِالْجِنَايَةِ إِلَىٰ الْمُرْتَهِنِ، وَإِنْ قَالَ الْمُرْتَهِنُ لَا أَطْلُبُ الجِنَايَةَ فَهُوَ رَهْنٌ عَلَىٰ حَالِهِ، وَلَهُ أَنَّ هٰذِهِ الجِنَايَةَ لَوِ اعْتَبَرْنَا لِلْمُرْتَهِنِ كَانَ عَلَيْهِ التَّطْهِيرُ مِنَ الجِنَايَةِ؛ لِأَنَّهَا حَصَلَتْ فِي ضَمَانِهِ فَلَا يُفِيدُ وُجُوبُ الضَّمَانِ لَهُ مَعَ وُجُوبِ التَّخْلِيصِ عَلَيْهِ، وَجِنَايَتُهُ عَلَىٰ مَالِ الْمُرْتَهِنِ لَا تُعْتَبَرُ بِالِاتِّفَاقِ

بقاء الدين مع التزام الفداء أنْفَع له، ففي إثبات الخيار له توفيرُ النظر عليه، وبه فارقَ ما لو جنىٰ على مال المرتَهن، لأنه لا منفعةَ للمرتَهن في اعتبار تلك الجناية فإنه لا يستحقُّ بِها الملك، ولكن المستحق بالدين مالية العبد يُباع فيه، وذلك مستحق له بدينه فلا فائدةَ في اعتبار جنايته علىٰ ماله، فلهذا لا يعتبَر، **ثُمَّ إِنْ شَاءَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ أَبْطَلَا الرَّهْنَ**، أي بالدفع وهذا التفريع علىٰ قولهما، وله أن هذه الجناية لو اعتبَرناها للمرتَهن كان عليه التطهيرُ من الجناية، لأنه مخاطبٌ هو أيضًا بالدفع أو بالفداء كالراهن، فحينئذٍ كان حكم الدفع أو الفداء له وعليه في حق شيءٍ واحدٍ بسبب جنايةٍ واحدةٍ، والقولُ به اشتغالٌ بما لا يفيد، وذلك أنَّ المرتَهن في الرهن إذا كانت قيمته مثل الدين بمنزلة المالك في حكم جنايته، ألا ترىٰ أنه لو جنىٰ علىٰ غيره كان الفداء علىٰ المرتَهن بمنزلة ما لو كان مالكًا، فكذا في الجناية عليه يجعل كالمالك فلا يعتبَر جنايته عليه، وهذا لأنَّ أصل حق المجنىٰ عليه في بدل الفائت وهو الأرش، إلا أنَّ للمولىٰ أن يخلص نفسه من ذلك بدفع العبد إن شاءَ، ولا يمكن اعتبار جنايته على المرتَهن في استحقاق أصل البدل، لأنه لو وَجَب ذلك كان قراره عليه، ولا يجبُ له علىٰ نفسه أرش الجناية ولا يمكن اعتبار جنايته لمنفعة ثبوت الملك له في العبد فإنَّ ذلك لا يكون إلا باختيار الراهن، والراهنُ لا يختار ذلك خصوصًا إذا لم يكن عليه من الفداء شيءٌ، فصار هذا وجنايته على مال المرتَهن سواءً، وكان بمنزلة جانب الراهن وهناك يستوى بين جنايته علىٰ نفسه وماله فكذا في جانب المرتَهن.

إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ وَالدَّيْنُ سَوَاءً؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي اعْتِبَارِهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَلَّكُ العَبْدَ وَهُوَ الفَائِدَةُ، وَإِنْ كَانَتِ القِيمَةُ أَكْثَرَ مِنَ الدَّيْنِ؛ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِقَدْرِ الأَمَانَةِ؛ لِأَنَّ الفَضْلَ لَيْسَ فِي ضَمَانِهِ فَأَشْبَهَ جِنَايَةُ العَبْدِ الوَدِيعَةَ عَلَىٰ المُسْتَوْدَعِ وَعَنْهُ أَنَّهَا لَا تُعْتَبَرُ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ وَهُوَ الحَبْسُ فِيهِ ثَابِتٌ فَصَارَ كَالْمَضْمُونِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ جِنَايَةِ الرَّهْنِ عَلَىٰ ابْنِ الرَّاهِنِ أَوِ ابْنِ المُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّ الأَمْلَاكَ حَقِيقَةٌ مُتَبَايِنَةٌ فَصَارَ كَالْجِنَايَةِ عَلَىٰ الأَجْنَبِيِّ.

قَالَ: (وَمَنْ رَهَنَ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا بِأَلْفٍ إِلَىٰ أَجَلٍ فَنَقَصَ فِي السِّعْرِ فَرَجَعَتْ قِيمَتُهُ إِلَىٰ مِائَةٍ ثُمَّ قَتَلَهُ رَجُلٌ وَغَرِمَ قِيمَتَهُ مِائَةً ثُمَّ حَلَّ الأَجَلُ فَإِنَّ المُرْتَهِنَ يَقْبِضُ المِائَةَ قَضَاءً عَنْ حَقِّهِ وَلَا يَرْجِعُ عَلَىٰ الرَّاهِنِ بِشَيْءٍ) وَأَصْلُهُ أَنَّ النُّقْصَانَ مِنْ حَيْثُ السِّعْرُ لَا يُوجِبُ سُقُوطَ الدَّيْنِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ، وَهُوَ يَقُولُ: إِنَّ المَالِيَّةَ قَدِ انْتَقَصَتْ فَأَشْبَهَ انْتِقَاصَ العَيْنِ، وَلَنَا أَنَّ نُقْصَانَ السِّعْرِ عِبَارَةٌ عَنْ فُتُورِ رَغَبَاتِ النَّاسِ وَذٰلِكَ لَا يُعْتَبَرُ فِي البَيْعِ حَتَّىٰ لَا يَثْبُتَ بِهِ الخِيَارُ وَلَا فِي الغَصْبِ حَتَّىٰ لَا يَجِبَ الضَّمَانُ، بِخِلَافِ

قوله: وَأَصْلُهُ أَنَّ نُقْصَانَ السِّعْرُ لَا يُوجِبُ سُقُوطَ الدَّيْنِ، حتّىٰ لو كان الرهن علىٰ حاله فنقص سعره فالراهن يطالبُ بجميع الدين عند رد المرتَهن الرهن إلى الراهن.

قوله: وَذٰلِكَ لَا يُعْتَبَرُ فِي البَيْعِ، يعني إذا تغيَّر سعر المشتري قبل القبض لا يثبت الخيار للمشتري، وَلَا فِي الغَصْبِ، يعني لا يعتبر نقصان السعر في الغصب.

نُقْصَانِ العَيْنِ؛ لِأَنَّ بِفَوَاتِ جُزْءٍ مِنْهُ يَتَقَرَّرُ الِاسْتِيفَاءُ فِيهِ؛ إِذِ اليَدُ يَدُ الِاسْتِيفَاءِ، وَإِذَا لَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ بِنُقْصَانِ السِّعْرِ بَقِيَ مَرْهُونًا بِكُلِّ الدَّيْنِ، فَإِذَا قَتَلَهُ حُرٌّ غَرِمَ قِيمَتَهُ مِائَةً؛ لِأَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الإِتْلَافِ فِي ضَمَانِ الإِتْلَافِ؛ لِأَنَّ الجَابِرَ بِقَدْرِ الفَائِتِ، وَأَخَذَهُ المُرْتَهِنُ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ المَالِيَّةِ فِي حَقِّ المُسْتَحِقِّ وَإِنْ كَانَ مُقَابَلًا بِالدَّمِ عَلَىٰ أَصْلِنَا حَتَّىٰ لَا يُزَادَ عَلَىٰ دِيَةِ الحُرِّ؛ لِأَنَّ المَوْلَىٰ اسْتَحَقَّهُ بِسَبَبِ المَالِيَّةِ وَحَقُّ المُرْتَهِنِ مُتَعَلِّقٌ بِالْمَالِيَّةِ فَكَذَا فِيمَا قَامَ مَقَامَهُ، ثُمَّ لَا يُرْجَعُ عَلَىٰ الرَّاهِنِ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ يَدَ الرَّهْنِ يَدُ الِاسْتِيفَاءِ مِنَ الِابْتِدَاءِ وَبِالْهَلَاكِ يَتَقَرَّرُ، وَقِيمَتُهُ كَانَتْ فِي الِابْتِدَاءِ أَلْفًا فَيَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا لِلْكُلِّ مِنَ الِابْتِدَاءِ، أَوْ نَقُولُ: لَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ مُسْتَوْفِيًا الأَلْفَ بِمِائَةٍ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ الرِّبَا فَيَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا

قوله: حَتَّىٰ لَا يُزَادَ عَلَىٰ دِيَةِ الحُرِّ، نتيجة قوله: كَانَ مُقَابَلًا بِالدَّمِ، وقوله: لِأَنَّ المَوْلَى اسْتَحَقَّهُ، دليل قوله: لِأَنَّهُ بَدَلُ المَالِيَّةِ.

قوله: أَوْ نَقُولُ: لَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ مُسْتَوْفِيًا الأَلْفَ، أي ألف الدين بمقابلة مائة الرهن، وهيَ المائة التي غرمها الحرُّ بقتل الرهن فجعل رهنًا مكان العبد المقتول، لأنَّ المائة يجوز أن تكون بمقابلتها أكثر من مائةٍ فلذلك لا يتصوَّرُ استيفاء جميع الدين بمقابلة المائة، فلهذا لو كان القاتلُ عبدًا قيمته مائة فدفع مكانه يكون رهنًا بألف درهمٍ، كالأوَّل عندنا علىٰ ما يجيء، لأنَّ ذلك يجوز أن يكون بمقابلة ألف درهمٍ شراءً فكذلك حبسًا بالدين، ويتوهَّمُ استيفاء جميع الدين من ماليته بأن يزدادَ قيمته، حتَّىٰ أنَّ الحرَّ القاتل لو غرمَ قيمته عشرة دنانير فإنه يبقىٰ جميع الدين باعتباره، لأنه يتوهَّم استيفاء جميع الدين منه

المِائَةَ وَبَقِيَ تِسْعُمِائَةٍ فِي العَيْنِ، فَإِذَا هَلَكَ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا تِسْعَمِائَةٍ بِالْهَلَاكِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ مِنْ غَيْرِ قَتْلِ أَحَدٍ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا الكُلَّ بِالْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤَدِّي إِلَىٰ الرِّبَا.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ أَمَرَهُ الرَّاهِنُ أَنْ يَبِيعَهُ فَبَاعَهُ بِمِائَةٍ وَقَبَضَ المِائَةَ قَضَاءً مِنْ حَقِّهِ فَيَرْجِعُ بِتِسْعِمِائَةٍ) ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَاعَهُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ صَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ اسْتَرَدَّهُ وَبَاعَهُ بِنَفْسِهِ، وَلَوْ كَانَ كَذٰلِكَ يَبْطُلُ الرَّهْنُ وَيَبْقَىٰ الدَّيْنُ إِلَّا بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَىٰ، وَكَذَا هٰذَا.

قَالَ: (وَإِنْ قَتَلَهُ عَبْدٌ قِيمَتُهُ مِائَةٌ فَدُفِعَ مَكَانَهُ افْتَكَّهُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ) وَهٰذَا

بأن يعز الدنانير حتَّىٰ يبلغ قيمة هذه الدنانير ألف درهم.

قوله: وَإِنْ كَانَ أَمَرَهُ الرَّاهِنُ أَنْ يَبِيعَهُ فَبَاعَهُ بِمِائَةٍ، إن كان موضوع المسئلة أنَّ سعره تراجع إلىٰ مائةٍ فظاهرٌ، لأنه باعه بمثل قيمته فصحَّ بالإجماع، وإن كان موضوع المسئلة أنه لم ينقص سعره صحَّ البيع أيضًا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ويصحُّ عندهما إن قال بع ما شئتَ، إذا صحَّ البيع صار المرتَهن وكيلُ الراهن لِمَا باعه بإذنه، وصار كأنَّ الراهن استَردَّه وباعه بنفسه، ولو كان كذلك يبطل الرَّهن ويبقى الدين إلَّا بقدر ما استوفَىٰ، كذا هذا.

قوله: وَإِنْ قَتَلَهُ عَبْدٌ قِيمَتُهُ مِائَةٌ، أي قتلَ العبد الذي يساوي ألفًا وهو رهنٌ بألفٍ ولم يراجع سعره، فدفع مكانه افتك بجميع الدين من غير خيارٍ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ، وقول محمد وزفر رحمهما الله تعالىٰ مذكورٌ في الكتاب، وعلىٰ هذا الخلاف إذا قتله بعد ما تراجع سعره إلىٰ مائةٍ فدفع به، وهنا فصولٌ أربعةٌ،

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: هُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ، وَإِنْ شَاءَ سَلَّمَ العَبْدَ المَدْفُوعَ إِلَىٰ المُرْتَهِنِ بِمَالِهِ، وَقَالَ زُفَرُ: يَصِيرُ رَهْنًا بِمِائَةٍ لَهُ أَنَّ يَدَ الرَّهْنِ يَدُ اسْتِيفَاءٍ وَقَدْ تَقَرَّرَ بِالْهَلَاكِ، إِلَّا أَنَّهُ أَخْلَفَ بَدَلًا بِقَدْرِ العُشْرِ فَيَبْقَىٰ الدَّيْنُ بِقَدْرِهِ، وَلِأَصْحَابِنَا عَلَىٰ زُفَرَ أَنَّ العَبْدَ الثَّانِيَ قَائِمٌ مَقَامَ الأَوَّلِ لَحْمًا وَدَمًا، وَلَوْ كَانَ الأَوَّلُ قَائِمًا وَانْتَقَصَ السِّعْرُ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ عِنْدَنَا لِمَا ذَكَرْنَا، فَكَذٰلِكَ إِذَا قَامَ المَدْفُوعُ مَكَانَهُ وَلِمُحَمَّدٍ فِي الخِيَارِ أَنَّ المَرْهُونَ تَغَيَّرَ فِي ضَمَانِ المُرْتَهِنِ فَيُخَيَّرُ الرَّاهِنُ كَالْمَبِيعِ إِذَا قُتِلَ قَبْلَ القَبْضِ وَالْمَغْصُوبِ إِذَا قُتِلَ فِي يَدِ الغَاصِبِ يُخَيَّرُ المُشْتَرِي، وَالْمَغْصُوبُ مِنْهُ كَذَا هٰذَا وَلَهُمَا

إحداها: أن ينقص سعره وعينه قائمٌ، والثاني: أن يقتله حرٌّ بعد ما تراجعَ سعره وغرمَ قيمته، ففيهما خلاف زفر رحمه الله تعالىٰ، والثالث: أن يأمر الراهن ببيعه فباعه بمائةٍ، وهذا الفصلُ بالاتفاق، والرابع: ما إذا قتله عبدٌ قيمته مائةٌ فدفعَ به، ففيه خلاف محمدٍ وزفرَ رحمهما الله تعالىٰ.

قوله: كَالْمَبِيعِ إِذَا قُتِلَ قَبْلَ القَبْضِ وَالْمَغْصُوبِ إِذَا قُتِلَ فِي يَدِ الغَاصِبِ، أي إذا قتلهما عبدٌ ودفعَ مكانَهما، وإنَّما قيَّد فيهما بالقتل لأنَّ سعرهما لو نقصَ ممَّا كان عليه وقتَ البيع والغصب لا خيارَ للمشتري والمغصوب منه، بل يأخذهما من غير خيارٍ، أمَّا لو قتلهما عبدٌ فدفعَ مكانَهما يتخيَّر المشتري بين أن يأخذه بكل الثمن وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع، وفي الغصب يتخيَّر المغصوب منه بين أن يأخذ المدفوع وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المغصوب.

أَنَّ التَّغَيُّرَ لَمْ يَظْهَرْ فِي نَفْسِ العَبْدِ لِقِيَامِ الثَّانِي مَقَامَ الأَوَّلِ لَحْمًا وَدَمًا كَمَا ذَكَرْنَاهُ مَعَ زُفَرَ، وَعَيْنُ الرَّهْنِ أَمَانَةٌ عِنْدَنَا فَلَا يَجُوزُ تَمْلِيكُهُ مِنْهُ بِغَيْرِ رِضَاهُ، وَلِأَنَّ جَعْلَ الرَّهْنِ بِالدَّيْنِ حُكْمٌ جَاهِلِيٌّ، وَأَنَّهُ مَنْسُوخٌ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ الخِيَارَ فِيهِ حُكْمُهُ الفَسْخُ وَهُوَ مَشْرُوعٌ وَبِخِلَافِ الغَصْبِ؛ لِأَنَّ تَمَلُّكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ مَشْرُوعٌ، وَلَوْ كَانَ العَبْدُ تَرَاجَعَ سِعْرُهُ حَتَّىٰ صَارَ يُسَاوِي مِائَةً ثُمَّ قَتَلَهُ عَبْدٌ يُسَاوِي مِائَةً فَدُفِعَ بِهِ فَهُوَ عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ (وَإِذَا قَتَلَ العَبْدُ الرَّهْنُ قَتِيلًا خَطَأً فَضَمَانُ الجِنَايَةِ عَلَىٰ المُرْتَهِنِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَ) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّمْلِيكَ (وَلَوْ فُدِيَ طَهُرَ المَحَلُّ فَبَقِيَ الدَّيْنُ عَلَىٰ حَالِهِ وَلَا يَرْجِعُ عَلَىٰ الرَّاهِنِ بِشَيْءٍ مِنَ الفِدَاءِ) ؛ لِأَنَّ الجِنَايَةَ حَصَلَتْ فِي ضَمَانِهِ فَكَانَ عَلَيْهِ إِصْلَاحُهَا (وَلَوْ أَبَىٰ المُرْتَهِنُ أَنْ يَفْدِيَ قِيلَ لِلرَّاهِنِ ادْفَعِ العَبْدَ أَوِ افْدِهِ بِالدِّيَةِ) ؛ لِأَنَّ المِلْكَ فِي الرَّقَبَةِ قَائِمٌ لَهُ، وَإِنَّمَا إِلَىٰ المُرْتَهِنِ الفِدَاءُ لِقِيَامِ حَقِّهِ (فَإِذَا امْتَنَعَ عَنِ الفِدَاءِ يُطَالَبُ الرَّاهِنُ بِحُكْمِ الجِنَايَةِ وَمِنْ حُكْمِهَا التَّخْيِيرُ) بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ (فَإِنِ اخْتَارَ الدَّفْعَ سَقَطَ الدَّيْنُ) ؛ لِأَنَّهُ اُسْتُحِقَّ لِمَعْنًىٰ فِي ضَمَانِ المُرْتَهِنِ

قوله: وَإِذَا قَتَلَ العَبْدُ الرَّهْنُ قَتِيلًا خَطَأً فَضَمَانُ الجِنَايَةِ عَلَى المُرْتَهِنِ، أي إذا كانت قيمة العبد والدين سواءً لأنَّ العبد في ضمانه، ويقال للمرتَهن: أفد العبد من الجناية، فإذا فداه كان دينه علىٰ حاله، وإنَّما بدئ بالمرتَهن لأنَّا لو خاطبنا الراهن من الجائز أن يختار الدفع فيمنعه المرتَهن من ذلك، لأنَّ له أن يقول: أنا أفدي حتَّىٰ أصلح رهني.

فَصَارَ كَالْهَلَاكِ (وَكَذٰلِكَ إِنْ فَدَىٰ) ؛ لِأَنَّ العَبْدَ كَالْحَاصِلِ لَهُ بِعِوَضٍ كَانَ عَلَىٰ المُرْتَهِنِ، وَهُوَ الفِدَاءُ، بِخِلَافِ وَلَدِ الرَّهْنِ إِذَا قَتَلَ إِنْسَانًا أَوِ اسْتَهْلَكَ مَالًا حَيْثُ يُخَاطَبُ الرَّاهِنُ بِالدَّفْعِ أَوِ الفِدَاءِ فِي الِابْتِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَىٰ المُرْتَهِنِ، فَإِنْ دَفَعَ خَرَجَ مِنَ الرَّهْنِ وَلَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ كَمَا لَوْ هَلَكَ فِي الِابْتِدَاءِ، وَإِنْ فَدَىٰ فَهُوَ رَهْنٌ مَعَ أُمِّهِ عَلَىٰ حَالِهِمَا.

قَالَ: (وَلَوِ اسْتَهْلَكَ العَبْدُ المَرْهُونُ مَالًا يَسْتَغْرِقُ رَقَبَتَهُ، فَإِنْ أَدَّىٰ المُرْتَهِنُ الدَّيْنَ الَّذِي لَزِمَ العَبْدَ فَدَيْنُهُ عَلَىٰ حَالِهِ كَمَا فِي الفِدَاءِ، وَإِنْ أَبَىٰ قِيلَ لِلرَّاهِنِ بِعْهُ فِي الدَّيْنِ إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ، فَإِنْ أَدَّىٰ بَطَلَ دَيْنُ المُرْتَهِنِ) كَمَا ذَكَرْنَا فِي الفِدَاءِ (وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ وَبِيعَ العَبْدُ فِيهِ يَأْخُذُ صَاحِبُ دَيْنِ العَبْدِ دَيْنَهُ) ؛ لِأَنَّ دَيْنَ العَبْدِ مُقَدَّمٌ عَلَىٰ دَيْنِ المُرْتَهِنِ وَحَقِّ وَلِيِّ الجِنَايَةِ لِتَقَدُّمِهِ عَلَىٰ حَقِّ المَوْلَىٰ، (فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ وَدَيْنُ

قوله: فَصَارَ كَالْهَلَاكِ، والجامعُ زوال ملك الراهن عن الرهن في ضمان المرتَهن.

قوله: كَالْحَاصِلِ لَهُ بِعِوَضٍ كَانَ عَلَى المُرْتَهِنِ، وَهُوَ الفِدَاءُ، وإذا كان على المرتَهن فقد أدّاه الراهن فيجب للراهن على المرتَهن مثلَ ما أَدّىٰ إلىٰ وليِّ الجناية، وللمرتَهن على الراهن دينٌ فالتقيا قصاصًا فيسلمُ الرهنُ للراهن، ولا يكون الراهن متبرعًا في أداء الفداء لأنه يسعىٰ في تخليص ملكه كمعير الراهن.

قوله: لِأَنَّ دَيْنَ العَبْدِ مُقَدَّمٌ عَلَىٰ دَيْنِ المُرْتَهِنِ وَحَقِّ وَلِيِّ الجِنَايَةِ، أي وعلىٰ حقِّ

غَرِيمِ العَبْدِ مِثْلُ دَيْنِ المُرْتَهِنِ أَوْ أَكْثَرُ فَالْفَضْلُ لِلرَّاهِنِ وَبَطَلَ دَيْنُ المُرْتَهِنِ) ؛ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ اُسْتُحِقَّتْ لِمَعْنًىٰ هُوَ فِي ضَمَانِ المُرْتَهِنِ فَأَشْبَهَ الهَلَاكَ (وَإِنْ كَانَ دَيْنُ العَبْدِ أَقَلَّ سَقَطَ مِنْ دَيْنِ المُرْتَهِنِ بِقَدْرِ دَيْنِ العَبْدِ وَمَا فَضَلَ مِنْ دَيْنِ العَبْدِ يَبْقَىٰ رَهْنًا كَمَا كَانَ، ثُمَّ إِنْ كَانَ دَيْنُ المُرْتَهِنِ قَدْ حَلَّ أَخَذَهُ بِهِ) ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ (وَإِنْ كَانَ لَمْ يَحِلَّ أَمْسَكَهُ حَتَّىٰ يَحِلَّ، وَإِنْ كَانَ ثَمَنُ العَبْدِ لَا يَفِي بِدَيْنِ الغَرِيمِ أَخَذَ الثَّمَنَ وَلَمْ يَرْجِعْ بِمَا بَقِيَ عَلَىٰ أَحَدٍ حَتَّىٰ يُعْتَقَ العَبْدُ) ؛ لِأَنَّ الحَقَّ فِي دَيْنِ الِاسْتِهْلَاكِ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ وَقَدْ اُسْتُوْفِيَتْ فَيَتَأَخَّرُ إِلَىٰ مَا بَعْدَ العِتْقِ (ثُمَّ إِذَا أَدَّىٰ بَعْدَهُ لَا يَرْجِعُ عَلَىٰ أَحَدٍ) ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ بِفِعْلِهِ (وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ العَبْدِ أَلْفَيْنِ وَهُوَ رَهْنٌ بِأَلْفٍ وَقَدْ جَنَىٰ العَبْدُ يُقَالُ لَهُمَا افْدِيَاهُ) ؛ لِأَنَّ النِّصْفَ مِنْهُ مَضْمُونٌ، وَالنِّصْفُ أَمَانَةٌ، وَالْفِدَاءُ فِي المَضْمُونِ عَلَىٰ المُرْتَهِنِ، وَفِي الأَمَانَةِ عَلَىٰ الرَّاهِنِ، فَإِنْ أَجْمَعَا عَلَىٰ الدَّفْعِ دَفَعَاهُ وَبَطَلَ

وليِّ الجناية لتقدُّمه علىٰ حقِّ المولىٰ، بدليل أنه لو استهلك مالًا يُباع فيه ولا يؤخر إلىٰ أن يعتق، ومقدَّمٌ علىٰ وليِّ الجناية، لأنه وإن دفع إلىٰ وليِّ الجناية أوَّلًا لكن إذا بيع لم يبق للدفع أثر علم أنَّ الدين كان مقدمًا حقيقةً، وإذا كان دين العبد مقدمًا علىٰ حقِّ المولىٰ فلأَن يكون مقدمًا على المرتَهن أوْلَىٰ، لأنَّ للمولىٰ حقيقة الملك وللمرتَهن اتصال حقٍّ بمالية العبد، وإنَّما يقدم حقُّ المرتَهن على المولىٰ فيما إذا كانت بين المولىٰ والمرتَهن، لأنَّ المولىٰ آثر المرتَهن علىٰ نفسه، أمَّا ههنا الكلام في حقِّ الثالث معهما بسبب دينٍ ثَبت له في رقبة العبد.

دَيْنُ المُرْتَهِنِ، وَالدَّفْعُ لَا يَجُوزُ فِي الحَقِيقَةِ مِنَ المُرْتَهِنِ لِمَا بَيَّنَّا، وَإِنَّمَا مِنْهُ الرِّضَا بِهِ (فَإِنْ تَشَاحَّا فَالقَوْلُ لِمَنْ قَالَ أَنَا أَفْدِي رَاهِنًا كَانَ أَوْ مُرْتَهِنًا) أَمَّا المُرْتَهِنُ فَلِأَنَّهُ لَيْسَ فِي الفِدَاءِ إِبْطَالُ حَقِّ الرَّاهِنِ، وَفِي الدَّفْعِ الَّذِي يَخْتَارُهُ الرَّاهِنُ إِبْطَالُ المُرْتَهِنِ، وَكَذَا فِي جِنَايَةِ الرَّهْنِ إِذَا قَالَ المُرْتَهِنُ أَنَا أَفْدِي لَهُ ذٰلِكَ وَإِنْ كَانَ المَالِكُ يَخْتَارُ الدَّفْعَ؛ لِأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا فَهُوَ مَحْبُوسٌ بِدَيْنِهِ وَلَهُ فِي الفِدَاءِ غَرَضٌ صَحِيحٌ، وَلَا ضَرَرَ عَلَىٰ الرَّاهِنِ، فَكَانَ لَهُ أَنْ يَفْدِيَ، وَأَمَّا الرَّاهِنُ فَلِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ وِلَايَةُ الدَّفْعِ لِمَا بَيَّنَّا فَكَيْفَ يَخْتَارُهُ (وَيَكُونُ المُرْتَهِنُ فِي الفِدَاءِ مُتَطَوِّعًا

قوله: وَالدَّفْعُ لَا يَجُوزُ فِي الحَقِيقَةِ مِنَ المُرْتَهِنِ لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: لأنه لا يملك التمليكَ.

قوله: فَإِنْ تَشَاحَّا - بأن قال المرتَهن: أنا أفدي، أو قال المرتَهن: أنا أدفع، أو على العكس - فَالْقَوْلُ لِمَنْ قَالَ أَنَا أَفْدِي رَاهِنًا كَانَ أَوْ مُرْتَهِنًا، وذلك لأنَّ الراهن إذا قال: أنا أدفعُ، فالراهن بالدفع يسقطُ حقُّ المرتَهن، والمرتَهن بقوله: أنا أفدي، لا يسقطُ حق الراهن، بل يحفظُ حقَّ نفسه من غير إضرارٍ بالراهن، فلذلك كان اختيار المرتَهن الفداء أوْلىٰ، وأمَّا لو قالَ الراهن: أنا أفدي، وقال المرتَهنُ: أنا أدْفَع، فليسَ الدفع إلى المرتَهن، ولا فائدةَ أيضًا في اختيار المرتَهن الدفع لأنه يسقط دينه بالدفع كما يسقطُ بالفداء، وفي الدفع إسقاط حقِّ الراهن في الرقبة، وله غرضٌ صحيحٌ في استيفاء الرقبة بالفداء فكان في اختيار المرتَهن الدفعَ تفويتُ غرض الآخر من غير فائدةٍ، فلا يعتبَر.

قوله: فَهُوَ مَحْبُوسٌ بِدَيْنِهِ، وَلَهُ فِي الفِدَاءِ غَرَضٌ صَحِيحٌ، وهو زيادة التوثق

فِي حِصَّةِ الأَمَانَةِ حَتَّىٰ لَا يَرْجِعَ عَلَىٰ الرَّاهِنِ) ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ لَا يَخْتَارَهُ فَيُخَاطَبُ الرَّاهِنُ، فَلَمَّا التَزَمَهُ، وَالْحَالَةُ هٰذِهِ كَانَ مُتَبَرِّعًا، وَهٰذَا عَلَىٰ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ مَعَ الحُضُورِ، وَسَنُبَيِّنُ القَوْلَيْنِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

(وَلَوْ أَبَىٰ المُرْتَهِنُ أَنْ يَفْدِيَ وَفَدَاهُ الرَّاهِنُ فَإِنَّهُ يَحْتَسِبُ عَلَىٰ المُرْتَهِنِ نِصْفَ الفِدَاءِ مِنْ دَيْنِهِ) ؛ لِأَنَّ سُقُوطَ الدَّيْنِ أَمْرٌ لَازِمٌ فَدَىٰ أَوْ دَفَعَ فَلَمْ

لاستيفاءِ دينه.

قوله: وَهٰذَا عَلَىٰ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ مَعَ الحُضُورِ، وفي المبسوط: أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ يقول: المرتَهن أحدُ من يطالب بالفداء في هذه الحالة فلا يكون متبرعًا فيه كالراهن، وهذه النكتة تقتضي أن لا يكون متبَرِّعًا حالة الحضر أيضًا، ورُوِي عنه علىٰ عكس هذا أنه لا يصير متبَرِّعًا حالةَ الحضر ويكون متبرعًا حالة الغيبةَ، لأنَّ المرتَهن لا يخاطبُ بالدفع حالَ غيبة الراهن ولا يمكنهم الأخذ منه فيكون متبرعًا في الفداء وحالة الحضر، فالمجنىٰ عليه يخاطبهما بالدفع أو الفداء فلا يتوصَّل إلى الحبس إلَّا بالفداء فلا يكون متبرعًا، كصاحب العلو إذا بنى السفل ثمَّ بنى العلو عليه لا يكون متبرعًا فهذا مثله.

قوله: وَسَنُبَيِّنُ القَوْلَيْنِ، أي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ وقول مخالفه، وهو ما ذكر بعد هذا بخطوطٍ في قوله: وَلَوْ كَانَ المُرْتَهِنُ فَدَىٰ، وَالرَّاهِنُ حَاضِرٌ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا لَمْ يَكُنْ مُتَطَوِّعًا، وَهٰذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، إلىٰ آخره.

قوله: لِأَنَّ سُقُوطَ الدَّيْنِ أَمْرٌ لَازِمٌ فَدَىٰ أَوْ دَفَعَ، لأنَّ موجب الجناية الدفعَ أو الفداء،

يُجْعَلَ الرَّاهِنُ فِي الفِدَاءِ مُتَطَوِّعًا، ثُمَّ يُنْظَرُ إِنْ كَانَ نِصْفُ الفِدَاءِ مِثْلَ الدَّيْنِ أَوْ أَكْثَرَ بَطَلَ الدَّيْنُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ سَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدْرِ نِصْفِ الفِدَاءِ، وَكَانَ العَبْدُ رَهْنًا بِمَا بَقِيَ؛ لِأَنَّ الفِدَاءَ فِي نِصْفٍ كَانَ عَلَيْهِ، فَإِذَا أَدَّاهُ الرَّاهِنُ، وَهُوَ لَيْسَ بِمُتَطَوِّعٍ كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ فَيَصِيرُ قِصَاصًا بِدَيْنِهِ كَأَنَّهُ أَوْفَىٰ نِصْفَهُ فَيَبْقَىٰ العَبْدُ رَهْنًا بِمَا بَقِيَ (وَلَوْ كَانَ المُرْتَهِنُ فَدَىٰ، وَالرَّاهِنُ حَاضِرٌ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا لَمْ يَكُنْ مُتَطَوِّعًا) وَهٰذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالْحَسَنُ وَزُفَرُ - رَحِمَهُمُ اللهُ -: المُرْتَهِنُ مُتَطَوِّعٌ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ فَدَىٰ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَأَشْبَهَ الأَجْنَبِيَّ، وَلَهُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ الرَّاهِنُ حَاضِرًا أَمْكَنَهُ مُخَاطَبَتُهُ، فَإِذَا فَدَاهُ المُرْتَهِنُ فَقَدْ تَبَرَّعَ كَالْأَجْنَبِيِّ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ الرَّاهِنُ

وعلى التقديرين يسقطُ الدين علىٰ ما ذكر في الكتاب أنه إن اختار الدفعَ سقطَ الدين لأنه استحقَّ لمعنًى في ضمان المرتَهن فصار كالهلاك، وكذلك إذا فدىٰ لأنَّ العبدَ كالحاصل له بعوضٍ كان على المرتَهن وهو الفداء فيكون سقوطُ الدين من اللوازم فلم يتمكَّن الراهن من الخروج عن موجب الجناية إلا وسقوطُ دين المرتَهن يلازمه فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعًا لأنه قصدَ به تطهيرُ ملكه عن الجناية وهو محتاجٌ إلىٰ ذلك فلا يكون متبرعًا في نصيب المرتَهن، كمعير الرهن إذا قضى الدين، ثمَّ إن ردَّ عليه المرتَهن نصف الفداء بقي مرهونًا كما لو فدياه به، وإن أبىٰ ذلك ونصف الفداء مثل الدين أو أكثر فقد خرج من الرهن لأنَّ المرتَهن حين أبى الفداء رضي بإتوائه فيجعل في حقِّه كأنَّه هلكَ.

قوله: وَإِنْ كَانَ غَائِبًا لَمْ يَكُنْ مُتَطَوِّعًا، ذكر الغيبة مطلقًا، وكذا في الإيضاح

غَائِبًا تَعَذَّرَ مُخَاطَبَتُهُ، وَالْمُرْتَهِنُ يَحْتَاجُ إِلَىٰ إِصْلَاحِ المَضْمُونِ، وَلَا يُمْكِنُهُ ذٰلِكَ إِلَّا بِإِصْلَاحِ الأَمَانَةِ فَلَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ الرَّاهِنُ بَاعَ وَصِيُّهُ الرَّهْنَ وَقَضَىٰ الدَّيْنَ) ؛ لِأَنَّ الوَصِيَّ قَائِمٌ مَقَامَهُ، وَلَوْ تَوَلَّىٰ المُوصَىٰ حَيًّا بِنَفْسِهِ كَانَ لَهُ وِلَايَةُ البَيْعِ بِإِذْنِ المُرْتَهِنِ فَكَذَا لِوَصِيِّهِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَصِيٌّ نَصَّبَ القَاضِي لَهُ وَصِيًّا وَأَمَرَهُ بِبَيْعِهِ) ؛ لِأَنَّ القَاضِيَ نَصَّبَ نَاظِرًا لِحُقُوقِ المُسْلِمِينَ إِذَا عَجَزُوا عَنِ النَّظَرِ لِأَنْفُسِهِمْ، وَالنَّظَرُ فِي نَصْبِ الوَصِيِّ لِيُؤَدِّيَ مَا عَلَيْهِ لِغَيْرِهِ وَيَسْتَوْفِيَ مَالَهُ مِنْ غَيْرِهِ (وَإِنْ كَانَ عَلَىٰ المَيِّتِ دَيْنٌ فَرَهَنَ الوَصِيُّ بَعْضَ التَّرِكَةِ عِنْدَ غَرِيمٍ مِنْ غُرَمَائِهِ لَمْ يَجُزْ وَلِلْآخَرِينَ أَنْ يَرُدُّوهُ) ؛ لِأَنَّهُ آثَرَ بَعْضَ الغُرَمَاءِ بِالْإِيفَاءِ الحُكْمِيِّ فَأَشْبَهَ الإِيثَارَ بِالْإِيفَاءِ الحَقِيقِيِّ (فَإِنْ قَضَىٰ دَيْنَهُمْ قَبْلَ أَنْ يَرُدُّوهُ جَازَ) لِزَوَالِ المَانِعِ بِوُصُولِ حَقِّهِمْ إِلَيْهِمْ (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ غَرِيمٌ آخَرُ جَازَ الرَّهْنُ) اعْتِبَارًا بِالْإِيفَاءِ الحَقِيقِيِّ (وَبِيعَ فِي دَيْنِهِ) ؛ لِأَنَّهُ يُبَاعُ فِيهِ قَبْلَ الرَّهْنِ فَكَذَا بَعْدَهُ (وَإِذَا ارْتَهَنَ

والمبسوط، وشرط في الأسرار أن تكون الغيبة منقطعةً.

قوله: لِأَنَّهُ آثَرَ بَعْضَ الغُرَمَاءِ بِالْإِيفَاءِ الحُكْمِيِّ - لأنَّ موجبَ عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء حكمًا - فَأَشْبَهَ الإِيثَارَ بِالْإِيفَاءِ الحَقِيقِيِّ.

قوله: جَازَ، أي عقد الرهن، وهذا كالرَّاهن إذا باعَ لا ينفذُ بيعه لحقِّ المرتَهن، وإن

الوَصِيُّ بِدَيْنٍ لِلْمَيِّتِ عَلَىٰ رَجُلٍ جَازَ) ؛ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ وَهُوَ يَمْلِكُهُ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَفِي رَهْنِ الوَصِيِّ تَفْصِيلَاتٌ نَذْكُرُهَا فِي كِتَابِ الوَصَايَا إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قضى الراهنَ دينه ينفذ البيع، والله تعالىٰ أعلم بالصوب.

* * *

فَصْلٌ
[وَمَنْ رَهَنَ عَصِيراً بِعَشَرَةٍ قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ فَتَخَمَّرَ]

قَالَ: (وَمَنْ رَهَنَ عَصِيرًا بِعَشَرَةٍ قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ فَتَخَمَّرَ ثُمَّ صَارَ خَلًّا يُسَاوِي عَشَرَةً فَهُوَ رَهْنٌ بِعَشَرَةٍ) ؛ لِأَنَّ مَا يَكُونُ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ يَكُونُ مَحَلًّا لِلرَّهْنِ، إذِ المَحَلِّيَّةُ بِالْمَالِيَّةِ فِيهِمَا، وَالْخَمْرُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ ابْتِدَاءً فَهُوَ مَحَلٌّ لَهُ بَقَاءً حَتَّىٰ إنَّ مَنِ اشْتَرَىٰ عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ قَبْلَ القَبْضِ يَبْقَىٰ العَقْدُ إلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ فِي البَيْعِ لِتَغَيُّرِ وَصْفِ المَبِيعِ بِمَنْزِلَةِ

فصل
[ومن رهن عصيراً بعشرة قيمته عشرة فتخمّر]

قوله: وَمَنْ رَهَنَ عَصِيرًا بِعَشَرَةٍ قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ فَتَخَمَّرَ ثُمَّ صَارَ خَلًّا يُسَاوِي عَشَرَةً فَهُوَ رَهْنٌ بِعَشَرَةٍ، ذكر صاحب المحيط: هذا إذا لم ينقص من الوزن شيءٌ، فأمَّا إذا نقص سقط من الدين بقدر النقصان ويكون هو رهنًا بما بقي من الدين، وقوله: ثُمَّ صَارَ خَلًّا يُسَاوِي عَشَرَةً، هذا القيد وقع اتفاقًا، لأنَّ انتقاص القيمة لا يوجب سقوطُ شيء من الدين إذا بقي القدر علىٰ حاله، كما لو انكسر القلب وبقي الوزن علىٰ حاله.

قوله: فَهُوَ مَحَلٌّ لَهُ بَقَاءً، وذلك لأنَّ الخمرَ مالٌ إلَّا أنه ليسَ بمتقوِّم، فبالنظر إلىٰ جهة المالية يقتضي المحلية، والنظر إلىٰ أنه ليسَ بمتقوِّمٍ يقتضي انعدام المحلية، فعملنا بالشبهين فقلنا بأنه ليسَ بمحل ابتداءً وإنه محل بقاءً، ولم نقل بالعكس لأنَّ ما يكون محلًا للابتداء فهو محلٌ للبقاء، فإنَّ البقاء أسْهَل من الابتداء فلا يمكن اعتبار الشبهين.

مَا إِذَا تَعَيَّبَا (وَلَوْ رَهَنَ شَاةً قِيمَتُهَا عَشَرَةٌ بِعَشَرَةٍ فَمَاتَتْ فَدُبِغَ جِلْدُهَا فَصَارَ يُسَاوِي دِرْهَمًا فَهُوَ رَهْنٌ بِدِرْهَمٍ) ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ يَتَقَرَّرُ بِالْهَلَاكِ، فَإِذَا حَيِيَ بَعْضُ المَحَلِّ يَعُودُ حُكْمُهُ بِقَدْرِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَتِ الشَّاةُ

قوله: فَصَارَ يُسَاوِي دِرْهَمًا فَهُوَ رَهْنٌ بِدِرْهَمٍ، هذا إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهمًا، وأمَّا إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهمين كان الجلد رهنًا بدرهمين، وإنَّما يعرف هذا فيما إذا نظر إلىٰ قيمة الجلد وإلىٰ قيمة اللحم يوم الارتِهان، فإن كانت قيمة اللحم تسعةً وقيمة الجلد درهمًا كان الجلد رهنًا بدرهمٍ، وإنَّما يعرف إذا نظر إلىٰ قيمة الشاة حيَّةً وإلىٰ قيمتها مسلوخةً، فإن كانت قيمتها حيَّةً عشرة وقيمتها مسلوخةً تسعة علم أنَّ قيمة الجلد درهم يوم الرهن، لأنَّ بإزاء كل درهم من الشاة درهم من الدين فيسقط من الدين تسعةً ويبقى الجلد رهنًا بدرهم، وإن كانت قيمتها حيةً عشرة وقيمتها مسلوخةً ثمانية عُلِم أنَّ قيمة الجلد درهمان فيكون الجلد رهنًا بدرهمين، وإنَّما وجب النظر إلىٰ قيمة الجلد واللحم يوم الارتِهان لا يوم الدباغة لأنَّ الأصل أنَّ قيمة الرهن إنَّما تعتبَر يوم الارتِهان، هذا الذي ذكرنا فيما إذا كانت قيمة الشاة مثل الدين، أمَّا إذا كانت قيمة الشاة أكثر من الدين بأن كانت قيمة الشاة عشرين وقد دبغ الجلد فإنه ينظر إلىٰ قيمة الجلد وإلى اللحم يوم الارتِهان، فإن كانت قيمته يوم الارتِهان درهمًا بأن كانت قيمتها حيَّة عشرين ومسلوخةً تسعة عشر عُلِمَ أنَّ قيمة الجلد كانت درهمًا، فيكون رهنًا بنصف درهم لأنَّ بإزاء كل درهمٍ من الشاة نصف درهم من الدين، فيكون الجلد رهنًا بنصف درهمٍ ويسقط بإزاء اللحم تسعة ونصف، وإن كانت قيمة الشاة أقلَّ من الدين بأن كانت قيمتها خمسة وقد دبغ الجلد وكانت قيمة الجلد يوم الارتِهان درهمًا فقد ذهب من الدين أربعة والجلد رهن بستَّةٍ، لأنَّ الخمسة من الدين كانت باقيةً وبمقابلة الخمسة الأخرىٰ كانت الشاة مرهونةً، فلمَّا ماتت الشاة ذهبَ بما ذهبَ وهو الخمسة وقد عادَ من الساقط بقدر مالية

المَبِيعَةُ قَبْلَ القَبْضِ فَدُبِغَ جِلْدُهَا حَيْثُ لَا يَعُودُ البَيْعُ؛ لِأَنَّ البَيْعَ يُنْتَقَضُ بِالْهَلَاكِ قَبْلَ القَبْضِ وَالْمُنْتَقَضُ لَا يَعُودُ، أَمَّا الرَّهْنُ يَتَقَرَّرُ بِالْهَلَاكِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ وَمِنْ مَشَايِخِنَا مَنْ يَمْنَعُ مَسْأَلَةَ البَيْعِ وَيَقُولُ: يَعُودُ البَيْعُ.

الجلد بالدباغة وهو درهم، وكل جزء من الرهن محبوسٌ بجميع الدين، فلهذا كان الجلد مرهونًا بما بقي من الدين وهو ستَّة ولم يعد أربعةً، لأنَّها كانت بإزاء اللحم ولم يزل التَّوىٰ عن اللحم وقد كان بقي عليه من الدين خمسة فكان الباقي من الدين ستةً فصار الجلد رهنًا بستَّة مضمونًا بدرهمٍ، فإذا هلك الجلد بعد ذلك هلك بدرهمٍ واحدٍ فيرجع على الراهن بالخمسة الباقية من الدين.

ثمَّ هذا الذي ذكره محمدٌ رحمه الله تعالىٰ أنَّ الجلدَ يصير رهنًا بما يخصُّه من الدين لا يشكل إذا حصل دبغ الجلد من المرتَهن بشيءٍ لا قيمةَ له، بأن تَرَّبه أو شمَّسه، لأنه في هذه الحالة لا يستحقُّ بسبب الدباغة على الراهن شيئًا حتى يستحق حبس الجلد، فأمَّا إذا حصل الدبغ بما له قيمة للمرتَهن حقُّ حبس الرهن بما زاد الدبغ فيه، كما لو غصبَ جلد ميتةٍ ودبغه بشيءٍ له قيمة وإذا استحقَّ الحبس بدينٍ حادثٍ وَجَب له على الراهن هل يبطل الرهن الأول أم لا؟ قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: فيه قولان، في أحدهما يبطل ويصير الجلد رهنًا بقيمة ما زاد الدباغ فيه، حتَّىٰ لو أدَّى الراهن قيمةَ ما زاد الدباغ فيه أخذ الجلد لأنه صار مرهونًا بالدين الثاني حكمًا، ولو صار مرهونًا بالدين الثانِي حقيقةً بأن قال الراهن جعلته رهنًا بالدين الحادث ينفسخ الأول بالثانِي، فكذا إذا صار مرهونًا به حكمًا، وفي القول الآخر لا يبطل لأنَّ الأصل عندنا أنَّ الشيء إنَّما يبطل بما هو مثله أو فوقه، ولا يبطل ما هو دونه كالبيع بألفٍ وينفسخ بالبيع بألفٍ وخمس مائة لأنه مثله، ولا ينفسخُ بالرهن والإجارة لأنه دونه، والرهن الثانِي ههنا دون الأول لأنه إنَّما يستحق حبس الجلد بالمالية التي اتصلت بالجلد الدبغ، وتلك المالية تبعٌ للجلد فإنه وصفٌ له،

قَالَ: (وَنَمَاءُ الرَّهْنِ لِلرَّاهِنِ وَهُوَ مِثْلُ الوَلَدِ وَالثَّمَرِ وَاللَّبَنِ وَالصُّوفِ) ؛ لِأَنَّهُ مُتَوَلِّدٌ مِنْ مِلْكِهِ وَيَكُونُ رَهْنًا مَعَ الأَصْلِ؛ لِأَنَّهُ تَبَعٌ لَهُ، وَالرَّهْنُ حَقٌّ لَازِمٌ فَيَسْرِي إِلَيْهِ (فَإِنْ هَلَكَ يَهْلَكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ) ؛ لِأَنَّ الأَتْبَاعَ لَا قِسْطَ لَهَا مِمَّا يُقَابَلُ بِالْأَصْلِ؛ ....

والوصف يتبع الأصل والرهن الأول بما يحكم هو أصل بنفسه وليس بتبع لغيره، فيكون أقوىٰ من الثانِي فلم يرتفع الأول بالثانِي ويثبت الثانِي أيضًا لأنه لا يمكن ردُّه، بخلاف الإجارة والرهن.

قوله: وَيَكُونُ رَهْنًا مَعَ الأَصْلِ، علىٰ معنى أنه يحبس كما يحبس الرهن.

قوله: وَالرَّهْنُ حَقٌّ لَازِمٌ فَيَسْرِي إِلَيْهِ، ومعنىٰ قوله: لَازِمٌ، أي متأكد بحيث لا اختيار فيه، ودليل التأكيد هو أنَّ الراهن لا يملك إبطاله، بخلاف حق وليِّ الجناية في الأمة الجانية حيث لا يسرى إلى الولد، لأنه ليس بمتأكد في الجارية حتى ينفرد المالك من إبطاله بالفداء، والأصل في هذا ما هو الجاري على ألسن الفقهاء بقولهم: الأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد، والرهن من الأوصاف القارة في الأمَّهات فيسري إلى الولد، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: النماء ليسَ برهن، وبه قال مالكٌ رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ الثابت بالرهن حقُّ البيع في الدين عنده وذا ليس بحقٍّ متأكدٍ في العين فلا يسري إلى الولد كحقِّ الوكالة بالبيع، ولا يقال: يشكل بالجارية الموصىٰ بخدمتها إذا ولدت لا يسري حق الموصىٰ له بالخدمة إلى الولد وإن كان حق الموصىٰ له لازمًا؟ لأنا نقول: حق الموصىٰ له في المنفعة لا في العين، إلا أنه لا يتوصل إلى المنفعة إلَّا بكون العين محبوسةً عنده فكان تعلُّق حقه بالعين باعتبار الضرورة فلا يتعدَّىٰ موضع الضرورة، كالمستأجرة إذا ولدت لا يسري حقُّ المستأجر إلى الولد فكذا ههنا.

لِأَنَّـهَا لَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ العَقْدِ مَقْصُودًا؛ إِذِ اللَّفْظُ لَا يَتَنَاوَلُهَا (وَإِنْ هَلَكَ الأَصْلُ وَبَقِيَ النَّمَاءُ افْتَكَّهُ الرَّاهِنُ بِحِصَّتِهِ يُقَسَّمُ الدَّيْنُ عَلَىٰ قِيمَةِ الرَّهْنِ يَوْمَ القَبْضِ وَقِيمَةِ النَّمَاءِ يَوْمَ الفِكَاكِ) ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ يَصِيرُ مَضْمُونًا بِالْقَبْضِ، وَالزِّيَادَةُ تَصِيرُ مَقْصُودَةً بِالْفِكَاكِ إِذَا بَقِيَ إِلَىٰ وَقْتِهِ،

قوله: لِأَنَّـهَا لَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ العَقْدِ، أي الأوصاف والأتباع لم تدخل تحت العقد الوارد على الأصل مقصودًا، فلا يكون لها قسط ممَّا يقابلُ بالأصل، فإن قيل: يُشكل بأروش أطراق الرهن فإنَّها تبعٌ للرهن ومع ذلك يكون في مقابلتها شيءٌ من الدين المقابل بالأصل حتَّىٰ يسقط من الدين إذا هلك الأرش في يد المرتَهن بقدره؟ قلنا: الأطراف إذا وجد فيها فعلٌ حسيٌّ تكون مقصودةً، فإذا كان الطرف مقصودًا بواسطة الفعل الحسيِّ يكون الأرش وهو إنَّما يجب بدلًا عن ماليته مقصودًا كذلك، فلا يرد ذلك نقضًا علينا.

قوله: وَالزِّيَادَةُ تَصِيرُ مَقْصُودَةً بِالْفِكَاكِ، وذلك لأنَّ الزيادة لا تصير مقصودةً إلَّا بفعل حسيٍّ كما ذكرنا، ولا فعل هٰهنا سوى الفكاك فيصير مقصودًا به، فإذا صار مقصودًا لا بُدَّ من القول بأن في مقابلته شيئًا، إذ لو لم يكن في مقابلته شيءٌ لَما كان لإبقائه فائدةً والشرع منزَّه عن مثله، وإنَّما قلنا بأنَّ الرهن باقٍ فيه لأنه كان رهنًا في حياة الأمِّ وبموت الأمِّ لا يبطلُ الرهن بل ينتهي، والشيءُ إذا انتهىٰ تقرَّر، فإذا تقرَّر الرهن في الأم يبقىٰ في الولد كما كان، إذ التبعية بينهما إنَّما كانت حكمًا لا حسًّا، وإذا كانت التبعية حكمًا يبقىٰ كذلك تبعًا للأصل حكمًا، وإن هلك حسًّا كولد المبيعة قبل القبض إذا ماتت المبيعة يبقى البيع ببقاء الولد، والبيع إنَّما يثبت في الولد بطريق التبعية بدليل أنَّ الولد لو مات عند البائع لا يسقط من الثمن شيءٌ، ثمَّ إذا بقي الرهن في الولد يعتبَر قيمته يوم الفكاك، لأنَّ الولد إنَّما يصير في مقابلته من الدين شيءٌ يوم الفكاك.

وَالتَّبَعُ يُقَابِلُهُ شَيْءٌ إِذَا صَارَ مَقْصُودًا كَوَلَدِ المَبِيعِ، فَمَا أَصَابَ الأَصْلَ يَسْقُطُ مِنَ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ يُقَابِلُهُ الأَصْلُ مَقْصُودًا، وَمَا أَصَابَ النَّمَاءَ افْتَكَّهُ الرَّاهِنُ لِمَا ذَكَرْنَا، وَصُوَرُ المَسَائِلِ عَلَىٰ هٰذَا الأَصْلِ تُخَرَّجُ، وَقَدْ ذَكَرْنَا بَعْضَهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهِي، وَتَمَامُهُ فِي الجَامِعِ وَالزِّيَادَاتِ (وَلَوْ رَهَنَ شَاةً بِعَشَرَةٍ وَقِيمَتُهَا عَشَرَةٌ وَقَالَ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ: احْلِبِ الشَّاةَ فَمَا حَلَبْتَ فَهُوَ لَكَ حَلَالٌ فَحَلَبَ وَشَرِبَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذٰلِكَ) أَمَّا الإِبَاحَةُ فَيَصِحُّ تَعْلِيقُهَا بِالشَّرْطِ وَالْخَطَرِ؛ لِأَنَّهَا إِطْلَاقٌ وَلَيْسَ بِتَمْلِيكٍ فَتَصِحُّ مَعَ الخَطَرِ (وَلَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ) ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ بِإِذْنِ المَالِكِ (فَإِنْ لَمْ يَفْتَكَّ الشَّاةَ حَتَّىٰ مَاتَتْ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ قُسِّمَ الدَّيْنُ

قوله: وَالتَّبَعُ يُقَابِلُهُ شَيْءٌ إِذَا صَارَ مَقْصُودًا كَوَلَدِ المَبِيعِ، لا يكون لولد المبيع حصَّة من الثمن إذا صار مقصودًا بالقبض.

قوله: فَمَا أَصَابَ الأَصْلَ يَسْقُطُ مِنَ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ يُقَابِلُهُ الأَصْلُ مَقْصُودًا، وَمَا أَصَابَ النَّمَاءَ افْتَكَّهُ الرَّاهِنُ لِمَا ذَكَرْنَا، أي لكونه مقصودًا بالفكاك، تفسيره إذا كانت قيمة الأصل ألفًا والولد يساوي ألفًا فالدين نصفان في الظاهر، فإن مات الولد ذهبَ بغير شيءٍ ويبقى الدين بإزاء الأمِّ، وإن ماتت الأم وبقي الولد فإن افتكه افتكه بنصف الدين، وإن هلك الولد بعد موت الأمِّ ذهب بغير شيءٍ وذهب كل الدين بموت الأمِّ.

قوله: وَلَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ بِإِذْنِ المَالِكِ، وفي الذخيرة: إذا حلب المرتَهن الشاةَ التي هيَ رهنٌ بإذن الرَّاهن وشربه فلا ضمانَ عليه ويسقط شيء من الدين، ولو فعل ذلك بغير إذن الراهن وجبَ عليه الضمان فيكون رهنًا عند المرتَهن ومحبوسًا

عَلَىٰ قِيمَةِ اللَّبَنِ الَّذِي شَرِبَ وَعَلَىٰ قِيمَةِ الشَّاةِ، فَمَا أَصَابَ الشَّاةَ سَقَطَ، وَمَا أَصَابَ اللَّبَنَ أَخَذَهُ الْمُرْتَهِنُ مِنَ الرَّاهِنِ) ؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ تَلِفَ عَلَىٰ مِلْكِ الرَّاهِنِ بِفِعْلِ الْمُرْتَهِنِ وَالْفِعْلُ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ قِبَلِهِ فَصَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ أَخَذَهُ وَأَتْلَفَهُ فَكَانَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ فَيَكُونُ لَهُ حِصَّتُهُ مِنَ الدَّيْنِ فَبَقِيَ بِحِصَّتِهِ، وَكَذٰلِكَ وَلَدُ الشَّاةِ إِذَا أَذِنَ لَهُ الرَّاهِنُ فِي أَكْلِهِ، وَكَذٰلِكَ جَمِيعُ النَّمَاءِ الَّذِي يَحْدُثُ عَلَىٰ هٰذَا الْقِيَاسِ.

قَالَ: (وَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ وَلَا تَجُوزُ فِي الدَّيْنِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَلَا يَصِيرُ الرَّهْنُ رَهْنًا بِهَا وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الدَّيْنِ أَيْضًا وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لَا تَجُوزُ فِيهِمَا، ....

بالدين مع الشاة، وكذلك لو فعل الراهن ذلك بنفسه بغير إذن المرتَهن ضمنَ قيمته وتكون القيمة رهنًا عند المرتَهن مع الشاة، ثمَّ التقييد بالشاة إنَّما تظهرُ فائدته في جانب الضمان فيما إذا حَلَبها بغير إذنه، حتَّىٰ أنَّ المرهون لو كان أمةً فأرضعت صبيَّ المرتَهن بغير إذن الراهن لم يحتسب به لأنَّ لبن الآدميِّ لا ثمنَ له.

قوله: وَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ، بأن رهنَ ثوبًا بعشرةٍ قيمته عشرة ثمَّ زاد الراهن ثوبًا آخر ليكون مرهونًا مع الأوَّل بعشرةٍ، ولا تجوز الزيادة في الدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، وهو القياس، أي إذا رهن عبدًا بألف ثمَّ حدث للمرتَهن دينٌ آخر بالشراء أو الاستقراض فيجعلان الرهن بالدين القديم رهنًا به وبالدين الحادث، فإنه لا يصير الرهن الأوَّل رهنًا بالدين الحادث عندهما، بل يكون كل الرهن بمقابلة الدين السابق.

وَالْخِلَافُ مَعَهُمَا فِي الرَّهْنِ، وَالثَّمَنُ وَالْمُثَمَّنُ وَالْمَهْرُ وَالْمَنْكُوحَةُ سَوَاءٌ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ فِي الخِلَافِيَّةِ الأُخْرَىٰ أَنَّ الدَّيْنَ فِي بَابِ الرَّهْنِ كَالثَّمَنِ فِي البَيْعِ، وَالرَّهْنُ كَالْمُثَمَّنِ فَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهِمَا كَمَا فِي البَيْعِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا الِالْتِحَاقُ بِأَصْلِ العَقْدِ لِلْحَاجَةِ وَالْإِمْكَانِ، وَلَهُمَا وَهُوَ القِيَاسُ أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الدَّيْنِ تُوجِبُ الشُّيُوعَ فِي

قوله: وَالْخِلَافُ مَعَهُمَا فِي الرَّهْنِ، أي في زيادة الرهن والمنكوحة، أي في زيادة المنكوحة بأن زوَّج المولىٰ أمةً من رجل بمهرٍ مقدَّرٍ ثمَّ زوج المولىٰ أمةً أخرىٰ منه بذلك المهر وقبل الزوج يصحُّ وينقسم الألف عليهما.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي البُيُوعِ، أي في الفصل الذي ذكره في باب المرابحة والتولية.

قوله: وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ فِي الخِلَافِيَّةِ الأُخْرَىٰ، وهو قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الدَّيْنِ أَيْضًا.

قوله: أَنَّ الدَّيْنَ فِي بَابِ الرَّهْنِ كَالثَّمَنِ فِي البَيْعِ، وَالرَّهْنُ كَالْمُثَمَّنِ، حتَّىٰ يكون الرهن محبوسًا بالدين مضمونًا به كالمبيع بالثمن، ثمَّ الزيادة في الرهن ملحقة بأصل العقد فكذا الزيادة في الدين، كالزيادة في المبيع والثمن.

قوله: وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا الِالْتِحَاقُ بِأَصْلِ العَقْدِ لِلْحَاجَةِ، وإمكان الزيادة، ففي الثمن إنَّما يصح بالتحاقها بأصل العقد، فإنه لولا ذلك لمَا صحَّت الزيادة ثمنًا فكذا الزيادة في المبيع تصحُّ لهذا الوصف أيضًا، والدين مع الرهن كالثمن مع المبيع، ويجوز الزيادة في الرهن بالتحاق الزيادة بأصل العقد، فكذا الزيادة في الدين بجامع الحاجة والإمكان، فإنَّ الحاجة تمسُّ إلى الزيادة في الدين، كما تمسُّ إلى الزيادة في الرهن بأن يكون في مالية الرهن

الرَّهْنِ، وَهُوَ غَيْرُ مَشْرُوعٍ عِنْدَنَا، وَالزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ تُوجِبُ الشُّيُوعَ فِي الدَّيْنِ، وَهُوَ غَيْرُ مَانِعٍ مِنْ صِحَّةِ الرَّهْنِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ رَهَنَ عَبْدًا بِخَمْسِمِائَةٍ مِنَ الدَّيْنِ جَازَ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ أَلْفًا وَهٰذَا شُيُوعٌ فِي الدَّيْنِ، وَالِالْتِحَاقُ بِأَصْلِ العَقْدِ غَيْرُ مُمْكِنٍ فِي طَرَفِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ وَلَا مَعْقُودٍ بِهِ بَلْ وُجُوبُهُ سَابِقٌ عَلَىٰ الرَّهْنِ، وَكَذَا يَبْقَىٰ بَعْدَ انْفِسَاخِهِ، وَالِالْتِحَاقُ بِأَصْلِ العَقْدِ فِي بَدَلَيِ العَقْدِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ

فضلٌ على الدين ويحتاج الراهن إلىٰ مالٍ آخر فيجعلانه رهنًا بِهما، وأمَّا الإمكان فلأنَّ العقد بعد الالتحاق يتغيَّرُ من وصفٍ مشروعٍ إلىٰ وصفٍ مشروع بأن يصير قيمة الرهن مثل الدين أو أقلَّ، وأنه مشروعٌ في الابتداء فكذا في الانتهاء، ولهما أنَّ الزيادة في الدين تؤدِّي إلى الشيوع في الرهن، لأنَّ بعض الرهن يفرغ من الدين الأوَّل ليثبت فيه ضمان الدين الثانِي فبقي حكم الأول في البعض مشاعًا، والشيوع في الرهن يمنع صحة الرهن، فأمَّا الزيادة في الرهن فتؤدِّي إلى الشيوع في الدين، لأنَّ بعض الدين يتحوَّل ضمانه من الرهن الأوَّل إلى الثانِي والشيوع في الدين لا يضرُّ، كما لو رهنه بنصف الدين رهنًا.

قوله: وَالِالْتِحَاقُ بِأَصْلِ العَقْدِ غَيْرُ مُمْكِنٍ فِي طَرَفِ الدَّيْنِ، جوابٌ لأبي يوسف رحمه الله تعالىٰ في قوله: والإمكان لأنَّ الالتحاق بأصل العقد في المعقود عليه أو المعقود به، والدينُ ليس بمعقودٍ عليه ولا معقود به، لأنَّ المعقود به ما يكون وجوبه بالعقد، والدين كان واجبًا قبل عقد الرَّهن بسببه ويبقىٰ بعد فسخ الرهن فلا يمكن إثبات الزيادة فيه ملتحقةً بأصل العقد، وأمَّا الرهن فمعقودٌ عليه لأنه لم يكن محبوسًا قبل عقد الرهن ولا يبقىٰ محبوسًا بعد عقد الرهن، فالزيادةُ في الرهن زيادةٌ في المعقود عليه، فيلتحقُ بأصل العقد والثمنُ يجب بالعقد فيكون معقودًا به فوضحَ الفرق.

الثَّمَنَ بَدَلٌ يَجِبُ بِالْعَقْدِ، ثُمَّ إِذَا صَحَّتِ الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ وَتُسَمَّىٰ هٰذِهِ زِيَادَةً قَصْدِيَّةً يُقَسَّمُ الدَّيْنُ عَلَىٰ قِيمَةِ الأَوَّلِ يَوْمَ القَبْضِ، وَعَلَىٰ قِيمَةِ الزِّيَادَةِ يَوْمَ قُبِضَتْ، حَتَّىٰ لَوْ كَانَتْ قِيمَةُ الزِّيَادَةِ يَوْمَ قَبْضِهَا خَمْسَمِائَةٍ، وَقِيمَةُ الأَوَّلِ يَوْمَ القَبْضِ أَلْفًا وَالدَّيْنُ أَلْفًا يُقَسَّمُ الدَّيْنُ أَثْلَاثًا، فِي الزِّيَادَةِ ثُلُثُ الدَّيْنِ، وَفِي الأَصْلِ ثُلُثَا الدَّيْنِ اعْتِبَارًا بِقِيمَتِهِمَا فِي وَقْتَي الِاعْتِبَارِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَثْبُتُ بِالْقَبْضِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَقْتَ القَبْضِ (وَإِذَا وَلَدَتِ المَرْهُونَةُ وَلَدًا ثُمَّ إِنَّ الرَّاهِنَ زَادَ مَعَ الوَلَدِ عَبْدًا، وَقِيمَةُ كُلِّ وَاحِد أَلْفٌ فَالْعَبْدُ رَهْنٌ مَعَ الوَلَدِ خَاصَّةً يُقَسَّمُ مَا فِي الوَلَدِ عَلَيْهِ وَعَلَىٰ العَبْدِ الزِّيَادَةُ) ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ زِيَادَةً مَعَ

قوله: وَتُسَمَّىٰ هٰذِهِ - أي الزيادة في الرهن - زِيَادَةً قَصْدِيَّةً، بخلاف نماء الرهن فإنَّ ذلك زيادةٌ في الرهن وليس بقصدية بل هو زيادة ضمنيةٌ، ويختلفان حكمًا أيضًا، فإنَّ الدين يقسم علىٰ قيمة الزيادة في الرهن يومَ القبض وقيمة النماء يومَ الفكاك.

قوله: وَإِذَا وَلَدَتِ المَرْهُونَةُ وَلَدًا، رهنت أمةً بألفٍ وقيمتها ألفٌ وولدت ولد يساوي ألفًا، ثمَّ إنَّ الراهن زاد المرتَهن مع الولد عبدًا يساوي ألفًا بأن قال: زدتك هذا العبدَ مع الولد، فالعبد رهنٌ مع الولد، فينظر إلىٰ قيمة الولد يوم الفكاك وإلىٰ قيمة الأمِّ يوم العقد، فمَا أصابَ الولد قسم علىٰ قيمته يوم الفكاك وعلىٰ قيمة الزيادة يوم القبض، لأنَّها دخلت في ضمانه بالقبض، فإن ماتَ الولدُ بعد الزيادة بطلت الزيادة، لأنَّ الولد إذا هلكَ خرجَ عن العقد فصار كأن لم يكن، فبطلَ الحكمُ في الزيادة أيضًا لأنَّها ملحقةٌ بالولد في الحكم.

الوَلَدِ دُونَ الأُمِّ (وَلَوْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ مَعَ الأُمِّ يُقَسَّمُ الدَّيْنُ عَلَىٰ قِيمَةِ الأُمِّ يَوْمَ العَقْدِ وَعَلَىٰ قِيمَةِ الزِّيَادَةِ يَوْمَ القَبْضِ، فَمَا أَصَابَ الأُمَّ قُسِّمَ عَلَيْهَا وَعَلَىٰ وَلَدِهَا) ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ دَخَلَتْ عَلَىٰ الأُمِّ.

قَالَ: (فَإِنْ رَهَنَ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا بِأَلْفٍ ثُمَّ أَعْطَاهُ عَبْدًا آخَرَ قِيمَتُهُ أَلْفٌ رَهْنًا مَكَانَ الأَوَّلِ، فَالْأَوَّلُ رَهْنٌ حَتَّىٰ يَرُدَّهُ إِلَىٰ الرَّاهِنِ، وَالْمُرْتَهِنُ فِي الآخَرِ أَمِينٌ حَتَّىٰ يَجْعَلَهُ مَكَانَ الأَوَّلِ) ؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ إِنَّمَا دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ بِالْقَبْضِ وَالدَّيْنِ وَهُمَا بَاقِيَانِ فَلَا يَخْرُجُ عَنِ الضَّمَانِ إِلَّا بِنَقْضِ القَبْضِ مَا دَامَ الدَّيْنُ بَاقِيًا، وَإِذَا بَقِيَ الأَوَّلُ فِي ضَمَانِهِ لَا يَدْخُلُ الثَّانِي فِي ضَمَانِهِ؛ لِأَنَّـهُمَا رَضِيَا بِدُخُولِ أَحَدِهِمَا فِيهِ لَا بِدُخُولِهِمَا فَإِذَا رُدَّ الأَوَّلُ دَخَلَ الثَّانِي فِي ضَمَانِهِ ثُمَّ قِيلَ: يُشْتَرَطُ تَجْدِيدُ القَبْضِ؛ لِأَنَّ يَدَ المُرْتَهِنِ عَلَىٰ الثَّانِي يَدُ أَمَانَةٍ وَيَدُ الرَّهْنِ بَعْدَ اسْتِيفَاءٍ وَضَمَانٍ فَلَا

قوله: وَلَوْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ مَعَ الأُمِّ، بأن قال زدتك هذا العبدَ مع الأمِّ يقسم الدين على قيمة الأمِّ يوم العقد وعلىٰ قيمة الزيادة يوم القبض، فمَا أصابَ الأمَّ قسم عليها وعلىٰ ولدها، لأنَّ الزيادة إذا دخلت على الأمِّ فكأنَّها كانت في أصل العقد، فيكون الولد داخلًا في حصة الأم خاصةً، فإن ماتت الأم بعد الزيادة ذهبَ ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيها، لأنَّ بِهلاك الأم يتقرَّر الضمان فلا يبطل الحكم في الزيادة، بخلاف الزيادة في الولد، ولو مات الولدُ بعد الزيادة ذهبَ بغير شيءٍ فكان العبد زيد في الأم ولا ولد معها.

قوله: مَا دَامَ الدَّيْنُ بَاقِيًا، هذا احتِرازٌ عن الإبراء علىٰ ما يجيء، فإنَّ بالإبراء يرتفع الضمان وإن لم ينقض القبض بالردِّ إلى الراهن، حتَّىٰ لو هلكَ يهلك بغير شيءٍ.

يَنُوبُ عَنْهُ، كَمَنْ لَهُ عَلَىٰ آخَرَ جِيَادٌ فَاسْتَوْفَىٰ زُيُوفًا ظَنَّهَا جِيَادًا ثُمَّ عَلِمَ بِالزِّيَافَةِ وَطَالَبَهُ بِالْجِيَادِ وَأَخَذَهَا فَإِنَّ الجِيَادَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ مَا لَمْ يَرُدَّ الزُّيُوفَ وَيُجَدِّدَ القَبْضَ وَقِيلَ لَا يُشْتَرَطُ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ تَبَرُّعٌ كَالْهِبَةِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ وَقَبْضُ الأَمَانَةِ يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الهِبَةِ، وَلِأَنَّ الرَّهْنَ عَيْنَهُ أَمَانَةٌ، وَالْقَبْضُ يُرَدُّ عَلَىٰ العَيْنِ فَيَنُوبُ قَبْضُ الأَمَانَةِ عَنْ قَبْضِ العَيْنِ (وَلَوْ أَبْرَأَ المُرْتَهِنُ الرَّاهِنَ عَنِ الدَّيْنِ أَوْ وَهَبَهُ مِنْهُ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ يَهْلَكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ اسْتِحْسَانًا) خِلَافًا لِزُفَرَ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ مَضْمُونٌ بِالدَّيْنِ أَوْ بِجِهَتِهِ عِنْدَ تَوَهُّمِ الوُجُودِ كَمَا فِي الدَّيْنِ المَوْعُودِ وَلَمْ يَبْقَ

قوله: فَإِنَّ الجِيَادَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ مَا لَمْ يَرُدَّ الزُّيُوفَ، لا يقال: بأنَّ حقه في الجياد دون الزيوف، فينبغي أن يكون الزيوفُ أمانةً دون الجياد؟ لأنا نقول: لمَّا قبضَ الزيوف أوَّلًا وقع الاستيفاء لأصل حقه ولكن فاتَ الوصفُ، ولهذا لو تجوَّز به يتمُّ الاستيفاء، فإذا حصل بقبض الزيوف أصل الاستيفاء يكون الجياد أمانةً ضرورة كيلا يتكرَّر الاستيفاء.

قوله: لِأَنَّ الرَّهْنَ تَبَرُّعٌ كَالْهِبَةِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، أي في صدر كتاب الرهن في تعليل أنَّ تمام الرهن بالقبض.

قوله: لِأَنَّ الرَّهْنَ مَضْمُونٌ بِالدَّيْنِ أَوْ بِجِهَتِهِ، هذا تعليلُ جواب الاستحسان بأنَّ الرهن يهلك بغير شيءٍ استحسانًا، بيان هذا هو أنَّ ضمان الرهن ثبتَ باعتبار القبض والدين جميعًا لأنه ضمان استيفاءٍ، فلا يتحقَّقُ ذلك إلَّا باعتبار بقاء الدين، وبالإبراء عن الدين انعدمَ أحدُ المعنيين وهو الدَّين، والحكم الثَّابت بعلةٍ ذات وصفين ينعدم بانعدام أحدهما، ألا ترىٰ أنه لو ردَّ سقطَ الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين، فكذلك إذا أبرأ

الدَّيْنُ بِالْإِبْرَاءِ أَوِ الهِبَةِ وَلَا جِهَتِهِ لِسُقُوطِهِ، إِلَّا إِذَا أَحْدَثَ مَنْعًا؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بِهِ غَاصِبًا إِذَا لَمْ تَبْقَ لَهُ وِلَايَةُ المَنْعِ (وَكَذَا إِذَا ارْتَهَنَتِ المَرْأَةُ رَهْنًا بِالصَّدَاقِ فَأَبْرَأَتْهُ أَوْ وَهَبَتْهُ أَوِ ارْتَدَّتْ وَالْعِيَاذُ بِاللهِ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوِ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ عَلَىٰ صَدَاقِهَا ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ فِي يَدِهَا يَهْلَكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ فِي هٰذَا كُلِّهِ وَلَمْ تَضْمَنْ شَيْئًا) لِسُقُوطِ الدَّيْنِ كَمَا فِي الإِبْرَاءِ، (وَلَوِ اسْتَوْفَىٰ المُرْتَهِنُ الدَّيْنَ بِإِيفَاءِ الرَّاهِنِ أَوْ بِإِيفَاءِ مُتَطَوِّعٍ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ يَهْلَكُ بِالدَّيْنِ وَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ مَا اسْتَوْفَىٰ إِلَىٰ مَا اسْتَوْفَىٰ مِنْهُ وَهُوَ مَنْ عَلَيْهِ أَوِ المُتَطَوِّعُ بِخِلَافِ الإِبْرَاءِ) وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ بِالْإِبْرَاءِ يَسْقُطُ الدَّيْنُ أَصْلًا كَمَا ذَكَرْنَا، وَبِالِاسْتِيفَاءِ لَا يَسْقُطُ لِقِيَامِ المُوجِبِ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الِاسْتِيفَاءُ لِعَدَمِ الفَائِدَةِ؛ لِأَنَّهُ يَعْقُبُ مُطَالَبَةَ مِثْلِهِ، فَأَمَّا هُوَ فِي نَفْسِهِ

عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء الدين، ولمَّا لم يبق الدين بالإبراء أو الهبة ولا جهة الدين لم يبق الضمان.

قوله: وَوَجْهُ الفَرْقِ، أي بين الأداء والإبراء، وحاصله أنَّ الرهن إنَّما يكون مضمونًا بالدين عند قيامه أو توهُّم ثبوته، كما في الدين الموعود، وبالإبراء أو الهبة وأخواتِهما لا يبقى الدين ولا يتوهَّم قيامه، وهذا بخلاف ما لو أدَّى الرَّاهنُ الدينَ أو تبرَّع به غيره، لأنَّ الدين في فصل الإيفاء قائمٌ، بدليل أنه إذا أبرأ ربُّ الدين المديونَ من الدين بعد الأداء يتمكَّن المديون من استِرداد ما أدَّىٰ، وعدم ولاية المطالبة لخلوِّها عن الفائدة لأنَّها تعقُّب مطالبةِ مثله.

قوله: لِقِيَامِ المُوجِبِ، وهو إمَّا القرض، أو المداينة، أو الإجارة، وغير ذلك.

فَقَائِمٌ، فَإِذَا هَلَكَ يَتَقَرَّرُ الِاسْتِيفَاءُ الأَوَّلُ فَانْتَقَضَ الِاسْتِيفَاءُ الثَّانِي.

(وَكَذَا إِذَا اشْتَرَىٰ بِالدَّيْنِ عَيْنًا أَوْ صَالَحَ عَنْهُ عَلَىٰ عَيْنٍ) ؛ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ (وَكَذٰلِكَ إِذَا أَحَالَ الرَّاهِنُ الْمُرْتَهِنَ بِالدَّيْنِ عَلَىٰ غَيْرِهِ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ بَطَلَتِ الحَوَالَةُ وَيَهْلَكُ بِالدَّيْنِ) ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَىٰ البَرَاءَةِ بِطَرِيقِ الأَدَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَزُولُ بِهِ عَنْ مِلْكِ المُحِيلِ مِثْلَ مَا كَانَ لَهُ عَلَىٰ المُحْتَالِ عَلَيْهِ، أَوْ مَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُحِيلِ عَلَىٰ المُحْتَالِ عَلَيْهِ دَيْنٌ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الوَكِيلِ (وَكَذَا لَوْ تَصَادَقَا عَلَىٰ أَنْ لَا دَيْنَ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ يَهْلَكُ

قوله: فَإِذَا هَلَكَ يَتَقَرَّرُ الِاسْتِيفَاءُ الأَوَّلُ - أي إذا هلك الرهن يتقرّر الاستيفاء الحكمي - فَانْتَقَضَ الِاسْتِيفَاءُ الثَّانِي، وهو الاستيفاء الحقيقي، ولا يتكرَّر الاستيفاء.

قوله: وَكَذَا إِذَا اشْتَرَىٰ بِالدَّيْنِ عَيْنًا، معطوف علىٰ قوله: وَلَوِ اسْتَوْفَى الْمُرْتَهِنُ الدَّيْنَ، إلىٰ قوله: وَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ مَا اسْتَوْفَىٰ.

قوله: أَوْ صَالَحَ عَنْهُ عَلَىٰ عَيْنٍ، لأنه الاستيفاء أي الشراء بالدين، أو الصلح عنه علىٰ عين فإنه شراء بالدين إذا كان عن إقرار استيفاءٍ، لأنه يجبُ علىٰ رب الدين مثله بالشراء أو الصلح عنه.

قوله: بَطَلَتِ الحَوَالَةُ، لأنه لم تبق المطالبة بِهلاك الرهن لتقرُّر الاستيفاء.

قوله: وَيَهْلَكُ بِالدَّيْنِ، لأنَّ الحوالة لا تسقط الدين، ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل، ولهذا يعود إلىٰ ذمته إذا ماتَ المحتال عليه مفلسًا.

قوله: أَوْ مَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ، معطوف علىٰ: مِثْلَ مَا كَانَ.

بِالدَّيْنِ) لِتَوَهُّمِ وُجُوبِ الدَّيْنِ بِالتَّصَادُقِ عَلَىٰ قِيَامِهِ فَتَكُونُ الجِهَةُ بَاقِيَةً بِخِلَافِ الإِبْرَاءِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

قوله: لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الوَكِيلِ، تعليلٌ لقوله: يَرْجِعُ عَلَيْهِ، أي المحتال عليه بمنزلة الوكيل بقضاء الدين على المحيل.

قوله: وَكَذَا لَوْ تَصَادَقَا عَلَىٰ أَنْ لَا دَيْنَ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ يَهْلَكُ بِالدَّيْنِ، لِتَوَهُّمِ وُجُوبِ الدَّيْنِ بِالتَّصَادُقِ عَلَىٰ قِيَامِهِ، لأنَّ الرهن حصلَ بدينٍ يتوهم وجوبه للحال، وبتصادقهما علىٰ أن لا دينَ لا يزول التوهم، لجواز أن يتصادقا علىٰ قيام الدين بعد تصادقهما علىٰ أن لا دين، فتكون الجهة باقيةً، بخلاف الإبراء لأنه يسقط به، وذكر شمس الأئمة السرخسي في المبسوط: وإذا تصادقا علىٰ أن لا دينَ بقىٰ ضمان الرهن إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن، لأنَّ الدين كان واجبًا ظاهرًا حينَ هلكَ الرهن، ووجوب الدين ظاهرًا يكفي بضمان الرهن فصار مستوفيًا، فأمَّا إذا تصادقا علىٰ أن لا دينَ والرهنُ قائمٌ ثمَّ هلك الرهنُ فإنَّ هناك يهلك أمانةً، لأنَّ بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل، وضمان الرهن لا يبقىٰ بدون الدين، وذكر شيخ الإسلام الإسبيجابي رحمه الله تعالىٰ: أنَّهما إذا تصادقا قبل الهلاك ثمَّ هلك الرهنُ اختلف مشايخنا فيه، والصواب أنه لا يهلك مضمونًا، والله تعالىٰ أعلم.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ الجِنَايَاتِ

قَالَ: (الْقَتْلُ عَلَىٰ خَمْسَةِ أَوْجُهٍ: عَمْدٌ، وَشِبْهُ عَمْدٍ، وَخَطَأٌ، وَمَا أُجْرِيَ مَجْرَىٰ الخَطَأِ، وَالْقَتْلُ بِسَبَبٍ) وَالْمُرَادُ بَيَانُ قَتْلٍ تَتَعَلَّقُ بِهِ الأَحْكَامُ.

كتاب الجنايات

الجناية اسمٌ لما يجنيه من شرٍّ، أي يحدثه، تسميةً بالمصدر من: جنىٰ عليه شرًّا، وهو عام إلا أنه خُصَّ بما يحرم من الفعل، وأصله من جنى الثمر وهو أخذه من الشجر، كذا في المغرب.

قوله: **وَالْمُرَادُ بَيَانُ قَتْلٍ تَتَعَلَّقُ بِهِ الأَحْكَامُ**، يعني ليسَ المراد من قوله: **القَتْلُ عَلَىٰ خَمْسَةِ أَوْجُهٍ**، نفس القتل من غير نظرٍ إلىٰ أن يتعلق به حكم أو لا، وإنَّما المراد منه قتل يتعلق به الأحكام كالقصاص، والدية، والكفارة، وحرمان الميراث وغيرها، فإنَّ القتل من حيث هو أكثرُ من خمسة، كالقتل قصاصًا، أو رجمًا، وقتل الحربيِّ، وقتل قطاع الطريق وغيرها، ونظيرُ هذا ما قاله محمد رحمه الله تعالىٰ في كتاب الأيمان: الأيْمَان ثلاثةٌ، ولم يرد به جنس الأيمان لأنَّها أكثرُ من ثلاثةٍ: يمينٌ بالله، ويمينٌ بالطلاق، ويمينٌ بالعتاق والحجِّ والعمرة، وإنَّما أراد بذلك الأيمان بالله تعالىٰ، ألا ترىٰ أنه اشتغل ببيان حكم اليمين بالله فقال: يمين يُكفَّر، ويمين لا يُكفَّر، ويمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بِها صاحبها.

[أَوَّلًا: القَتْلُ العَمْدُ]

قَالَ: (فَالْعَمْدُ مَا تَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِسِلَاحٍ أَوْ مَا أُجْرِيَ مَجْرَىٰ السِّلَاحِ كَالْمُحَدَّدِ مِنَ الخَشَبِ وَلِيطَةِ القَصَبِ وَالْمَرْوَةِ المُحَدَّدَةِ وَالنَّارِ)؛ لِأَنَّ العَمْدَ هُوَ القَصْدُ، وَلَا يُوقَفُ عَلَيْهِ إِلَّا بِدَلِيلِهِ وَهُوَ اسْتِعْمَالُ الآلَةِ القَاتِلَةِ فَكَانَ مُتَعَمِّدًا فِيهِ عِنْدَ ذٰلِكَ (وَمُوجِبُ ذٰلِكَ المَأْثَمُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ﴾ [النساء: ٩٣] الآيَةَ،

[أولًا: القتل العمد]

قوله: فَالْعَمْدُ مَا تَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِسِلَاحٍ أَوْ مَا أُجْرِيَ مَجْرَى السِّلَاحِ - أي في تفريق الأجزاء - كَالْمُحَدَّدِ مِنَ الخَشَبِ وَلِيطَةِ القَصَبِ، أي قشره، ولم يشتَرط في المغني الحدَّة إذا كانت الآلة من الحديد فقال: العمد ما يتعمَّد الإنسان قتل من لا يحلُّ قتله بالحديد، سواءٌ كان سلاحًا نحو السَّيف والسكين، أو لم يكن سلاحًا نحو الإبرة، وسواءٌ له حدَّةٌ تبضع بضعًا، أو ليسَ له حدَّةٌ يرض رضًا، كالعمود وصنجة الميزان، وسواءٌ كان الغالب عنه الهلاك أو لم يكن، فبِهذا تبيَّن لك أنَّ العبرة في الباب للحديد، هذا كله علىٰ رواية الأصل، وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه إذا قتله بصنجة حديدةٍ أو عمودٍ لا حدَّة له فهو ليسَ بعمدٍ محضٍ، حتَّىٰ لا يجب القصاص بل هو خطأُ عمدٍ، وعلىٰ قولهما إن كان الغالب منه الهلاك فهو عمدٌ محضٌ يوجب القصاص، وإن لم يكن الغالب منه الهلاك لا يكون عمدًا محضًا، وما لم يكن من جنس الحديد إن عَمِلَ عمل الحديد في البضع وتفريق الأجزاء فهو عمدٌ محضٌ يجب القصاص فيه، وذلك نحو الإحراق بالنار، ألا ترىٰ أنَّها تعمل عمل الحديد في الذكاة، حتَّىٰ أنَّها إذا وضعت في المذبح فقطعت ما يجب قطعه في الذكاة وسال بها الدَّمَ حلَّ، فإن انحسم ولم يسل الدم لا يحلُّ، وذكر في فتاوىٰ قاضي خان: وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنُّحاس وغيره لا

وَقَدْ نَطَقَ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنَ السُّنَّةِ، وَعَلَيْهِ انْعَقَدَ إِجْمَاعُ الأُمَّةِ.

قَالَ: (وَالْقَوَدُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ القِصَاصُ فِي القَتْلَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٨] إِلَّا أَنَّهُ تَقَيَّدَ بِوَصْفِ العَمْدِيَّةِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْعَمْدُ قَوَدٌ» أَيْ مُوجِبُهُ، وَلِأَنَّ الجِنَايَةَ بِهَا تَتَكَامَلُ وَحِكْمَةُ

يشتَرط الجرح لوجوب القصاص.

قوله: وَقَدْ نَطَقَ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنَ السُّنَّةِ، أي كثيرٌ من السنن، منها ما قال عليه الصلاة والسلام في خطبته بعرفات: «ألا إنَّ دماءَكُم ونفوسَكُم مُحرَّمةٌ عليكم كحُرمةِ يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا»، ومنها ما رُوي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «لَزوالُ الدُّنيا أهْوَنُ على الله من قتلِ امرئٍ مسلمٍ»، وقال عليه الصلاة والسلام: «سِبَابُ المسلم فِسْقٌ وقِتَالُهُ كُفرٌ»، وهذا وإن كان تأويله قتاله لإسلامه فظاهره يدلُّ علىٰ عظم الجناية في قتل المسلم، ولهذا كان ابن عباس رضي الله عنه لا يرى التوبة لقاتل العمد وإن لم نأخذ بقوله.

قوله: وَالْقَوَدُ، معطوفٌ على قوله: المَأْثَمُ.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ تَقَيَّدَ بِوَصْفِ العَمْدِيَّةِ، أي قوله تعالىٰ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٨] لظاهره يوجب القول بالقصاص أيْنَما وجد القتل بأيِّ وجه وجد، لكن السنة المشهورة وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «الْعَمْدُ قَوَدٌ» يدلُّ علىٰ أنَّ حكم القصاص مخصوصٌ بالقتل العمد، لأنَّ خبَر الواحد لمَّا صلح مبينًا لمجمل الكتاب، كما في بيان قدر المسح، فأوْلىٰ أن تصلح السنة المشهورة التي تلقتها الأمة بالقبول مبينةً لِمَا سكت عنه الكتاب، لا يقال: بأنَّ قوله عليه الصلاة والسلام: «العمد قود» لا يوجب التقييد لأنه تخصيصٌ بالذكر فلا يدلُّ علىٰ نفي ما عداه؟ لأنا نقول: لو لم يوجب هذا الخبَر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدةٌ، بخلاف قوله تعالىٰ: ﴿مِّن فَتَيَـٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ﴾ [النساء: ٢٥] لأنَّ هناكَ وإن لم يوجب التخصحيص عندنا فذكر

الزَّجْرِ عَلَيْهَا تَتَوَفَّرُ، وَالْعُقُوبَةُ الْمُتَنَاهِيَةُ لَا شَرْعَ لَهَا دُونَ ذٰلِكَ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ الأَوْلِيَاءُ أَوْ يُصَالِحُوا) ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ ثُمَّ هُوَ وَاجِبٌ عَيْنًا، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ أَخْذُ الدِّيَةِ إِلَّا بِرِضَا القَاتِلِ وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ، إِلَّا أَنَّ لَهُ حَقَّ العُدُولِ إِلَىٰ المَالِ مِنْ غَيْرِ مَرْضَاةِ القَاتِلِ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ مَدْفَعًا لِلْهَلَاكِ فَيَجُوزُ بِدُونِ رِضَاهُ، وَفِي قَوْلِ الوَاجِبِ أَحَدُهُمَا

المؤمنات لا يخلو عن الفائدة وهيَ الاستحباب، فإنَّ الاستحباب منحصرٌ في المؤمنات بالاتفاق، ولأنَّ في الكتاب أيضًا دلالةٌ علىٰ أنَّ المراد من القتل المذكور في آية القصاص هو القتل العمد، لأنه أوْجَبَ الدية في القتل الخطأ علىٰ ما قال الله تعالىٰ: ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] ولا يصلحُ أن يكون القتل العمد موجبًا دية وقصاصًا فلا بُدَّ أن يحمل كل واحدٍ منهما علىٰ حالةٍ، فلمَّا اختصَّ ما يوجب الديةَ بالقتل الخطأ في النصِّ القطعي كان ما يوجب القصاص غير الخطأ لا محالةَ وهو العمد، وما يسقطُ فيه القصاص يسقطُ لشبهةٍ في العمدية وهو شبه العمد وغيره.

قوله: لَا شَرْعَ لَهَا دُونَ ذٰلِكَ، أي دون تكامل الجناية وأنَّها تتكامل بالعمدية.

قوله: ثُمَّ هُوَ - أي القود - وَاجِبٌ عَيْنًا، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ أَخْذُ الدِّيَةِ إِلَّا بِرِضَا القَاتِلِ وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، أي وجوب القصاص عينًا أحدُ قولي الشافعي رحمه الله تعالىٰ، إلا أنَّ له العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل، لأنه تعين مدفعًا للهلاك فيجوز بدون رضاه، كمن أصابته مخمصةٌ فبذلَ له إنسان طعامًا بثمن المثل لزمه الشراء، لأنه ملكَ ما يحييٰ به نفسه بعوضٍ يعدله، فعلىٰ هذا إذا عفا الوليُّ عن القصاص يسقطُ حقُّ الوليِّ، وكذا إذا مات القاتل يسقط حقُّ الوليِّ، وفي قوله الآخر الواجب أحدهما لا بعينه ويتعيَّن باختياره، فعلىٰ هذا لو عفا الوليُّ عن القصاص كان

لَا بِعَيْنِهِ وَيَتَعَيَّنُ بِاخْتِيَارِهِ؛ لِأَنَّ حَقَّ العَبْدِ شُرِعَ جَابِرًا وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ نَوْعُ جَبْرٍ فَيَتَخَيَّرُ، وَلَنَا مَا تَلَوْنَا مِنَ الكِتَابِ وَرَوَيْنَا مِنَ السُّنَّةِ، وَلِأَنَّ المَالَ لَا يَصْلُحُ مُوجِبًا لِعَدَمِ المُمَاثَلَةِ، وَالْقِصَاصُ يَصْلُحُ لِلتَّمَاثُلِ، وَفِيهِ مَصْلَحَةُ الأَحْيَاءِ زَجْرًا وَجَبْرًا فَيَتَعَيَّنُ، وَفِي الخَطَإِ وُجُوبُ المَالِ

له المطالبة بالدية، وكذلك إذا مات كان له حقُّ استيفاء الدية لكونها موجبًا أصليًّا، ولو صالح علىٰ أكثر من الدية من جنسها فلا يصحُّ لأنه يصير ربًا، ويصحُّ على القول الأول.

قوله: **لِأَنَّ حَقَّ العَبْدِ شُرِعَ جَابِرًا**، لحاجة العبد إلى الجبر حين تحقق نقصان في حقه، **وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ نَوْعُ جَبْرٍ**، أي لحقِّ المقتول ممَّا فاتَ عليه، فإنَّ المقتولَ ينتفعُ بالدية من حيث قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه وتجهيزه وتكفينه أو لحقِّ الوليِّ لأنه ينتفع به الوليُّ الذي كان ينتفع بالمقتول، وفي القصاص نوع جبْرٍ أيضًا لمعنى الانتقام وتشفي الصدور.

قوله: **وَلِأَنَّ المَالَ لَا يَصْلُحُ مُوجِبًا لِعَدَمِ المُمَاثَلَةِ**، وهذا لأنه لا مماثلةَ بين الآدميِّ والمال لا صورةً ولا معنًى، فالآدميُّ خُلِق لتحمل أمانة الله تعالىٰ والاشتغال بعبادته، والمال خُلِق لإقامة مصالحه وهو مملوك الآدميِّ والآدميُّ مالكه، فأنَّىٰ يتشابَهان؟ وإنَّما التماثل في القصاص فالنفسُ بالنفس والقتلُ بالقتل.

قوله: **وَفِيهِ مَصْلَحَةُ الأَحْيَاءِ زَجْرًا وَجَبْرًا**، فأمَّا زجرًا فإنَّ من قصدَ قتل عدوِّه فإذا تفكَّر في عاقبة أمره أنه إذا قتلَ قتل به انزجر عن قتله فكان حياةً لهما، أي إبقاءً لهما على الحياة، وأمَّا جبرًا فلأنه إذا قتلَ به سلم حياة الأولياء، فإنَّ القاتل يصير حربًا علىٰ أولياء القتيل خوفًا علىٰ نفسه منهم، فهو يقصد إفناءهم لإزالة الخوف عن نفسه فالشرعُ مكَّنهم من قتله قصاصًا دفعًا لشرِّه عن أنفسهم وإحياء الحيِّ في دفع سبب الهلاك عنه، ولمَّا كان فيه حياة من الوجه الذي قلنا صلحَ جابرًا، لأنَّ الفائتَ بالقتل حياةٌ والحاصلُ بالقصاص

ضَرُورَةَ صَوْنِ الدَّمِ عَنِ الإِهْدَارِ، وَلَا يُتَيَقَّنُ بِعَدَمِ قَصْدِ الوَلِيِّ بَعْدَ أَخْذِ المَالِ فَلَا يَتَعَيَّنُ مَدْفَعًا لِلْهَلَاكِ، وَلَا كَفَّارَةَ فِيهِ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - تَجِبُ؛ لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَىٰ التَّكْفِيرِ فِي العَمْدِ أَمَسُّ مِنْهَا إِلَيْهِ فِي الخَطَأِ فَكَانَ أَدْعَىٰ إِلَىٰ إِيجَابِهَا، وَلَنَا أَنَّهُ كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ، وَفِي الكَفَّارَةِ مَعْنَىٰ العِبَادَةِ فَلَا تُنَاطُ بِمِثْلِهَا، وَلِأَنَّ الكَفَّارَةَ مِنَ المَقَادِيرِ،

حياةٌ مثل الأول، وإنَّما يجبُ ضمان الجبر بقدر الإمكان ولا إمكان في جبر الحياة بأكثر من هذا، ولأنه لمَّا قتل الوليُّ القاتلَ حصل له التَّشفِّي فكان ذلك جبرًا لِمَا فات منه من حياة المقتول، فأمَّا المالُ فليس فيه شيءٌ من معنى الجبر وإنَّما وجبت الديةُ في الخطأ، بخلاف القياس لأنَّ القتلَ أعظم العقوبات والخاطئُ معذورٌ فيتعذَّر إيجاب المثل عليه، ونفس المقتول محرمة لا تسقطُ حرمتها بعذر الخطأ فوجب المالُ صيانةً للدم عن الهدر منه على القاتل بأن سلمت له نفسه وللقتل بأن لم يهدر دمه، وشرع المال عند عدم الإمكان لا يدلُّ علىٰ شرعه عند الإمكان.

قوله: **وَلَا يُتَيَقَّنُ بِعَدَمِ قَصْدِ الوَلِيِّ**، أي بقتل القاتل بعد ما أخذ الديةَ، يعني يجوز أن يأخذ الوليُّ المالَ من القاتل بدون رضاه ثمَّ يقتله، وهذا جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ لأنه تعيَّن مدفعًا للهلاك.

قوله: **لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى التَّكْفِيرِ فِي العَمْدِ أَمَسُّ**، وذلك لأنَّ الكفارة شرعت ماحيةً للإثم، والإثم في العمد أكبَر فكأن ادَّعى إلىٰ إيجاب الكفارة.

قوله: **وَفِي الكَفَّارَةِ مَعْنَى العِبَادَةِ**، بدليل أنَّ للصوم فيه مدخلًا.

قوله: **فَلَا تُنَاطُ بِمِثْلِهَا**، لأنَّ الحكمَ نتيجة السبب فيراعى التناسبُ بينهما، فلا يجب إلَّا بسببٍ دائرٍ بين الحظر والإباحة، كالخطأ فإنه بالنظر إلىٰ أصل الفعل مباحٌ، وبالنظر إلى

وَتَعَيُّنُهَا فِي الشَّرْعِ لِدَفْعِ الأَدْنَىٰ لَا يُعَيِّنُهَا لِدَفْعِ الأَعْلَىٰ وَمِنْ حُكْمِهِ حِرْمَانُ المِيرَاثِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا مِيرَاثَ لِقَاتِلٍ».

[ثَانِيًا: القَتْلُ شِبْهُ العَمْدِ]

قَالَ: (وَشِبْهُ العَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا لَيْسَ بِسِلَاحٍ وَلَا مَا أُجْرِيَ مَجْرَىٰ السِّلَاحِ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ: إِذَا ضَرَبَهُ بِحَجَرٍ عَظِيمٍ أَوْ بِخَشَبَةٍ عَظِيمَةٍ فَهُوَ عَمْدٌ وَشِبْهُ العَمْدِ أَنْ يَتَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِمَا لَا يُقْتَلُ بِهِ غَالِبًا؛ لِأَنَّهُ يَتَقَاصَرُ

المحل الذي أصابه محظورٌ، والكفارة دائرةٌ بين العبادة والعقوبة فتجبُ بمثله ولا تجبُ بالقتل العمد لأنه محظورٌ، كما لا تجبُ بالمباح المحض وهو القتلُ بحقٍّ كالقصاص، وإنَّما تجبُ بسببٍ دائرٍ بين العبادة والعقوبة لتنسب العقوبة إلىٰ جانب الحظر والعبادة إلى جانب الإباحة.

قوله: وَتَعَيُّنُهَا فِي الشَّرْعِ لِدَفْعِ الأَدْنَىٰ، أي تعين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الأدنىٰ أي في الخطأ، لا تعينها لدفع الذنب الأعلىٰ أي في العمد، وهذا جوابٌ عن قياس الشافعي حيث قاسَ وجوب الكفارة في العمد علىٰ وجوب الكفارة في الخطأ.

[ثانيًا: القتل شبه العمد]

قوله: وَشِبْهُ العَمْدِ، سُمِّيَ به لأنَّ في هذا الفعل معنيين: معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب وإلى ارتكاب ما هو محرَّمٌ عليه، ومعنى الخطأ باعتبار انعدام قصد القتل بالنظر إلى الآلة التي استعملها، إذ هيَ آلة الضرب للتأديب دون القتل، وإنَّما يقصد إلىٰ كلِّ فعل بآلته فكان ذلك خطأً يشبه العمدَ صورةً من حيثُ إنه كان قاصدًا إلى الضرب وإلى ارتكاب ما هو محرَّمٌ عليه، كذا في المبسوط، وشبه العمد متحقِّقٌ عندنا

مَعْنَىٰ العَمْدِيَّةِ بِاسْتِعْمَالِ آلَةٍ صَغِيرَةٍ لَا يُقْتَلُ بِهَا غَالِبًا لِمَا أَنَّهُ يَقْصِدُ بِهَا غَيْرَهُ كَالتَّأْدِيبِ وَنَحْوِهِ فَكَانَ شِبْهَ العَمْدِ، وَلَا يَتَقَاصَرُ بِاسْتِعْمَالِ آلَةٍ لَا تَلْبَثُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْصِدُ بِهِ إِلَّا القَتْلَ كَالسَّيْفِ فَكَانَ عَمْدًا مُوجِبًا لِلْقَوَدِ، وَلَهُ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَأِ العَمْدِ قَتِيلُ السَّوْطِ وَالْعَصَا، وَفِيهِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ» وَلِأَنَّ الآلَةَ غَيْرُ مَوْضُوعَةٍ لِلْقَتْلِ وَلَا مُسْتَعْمَلَةٌ فِيهِ؛ إِذْ لَا يُمْكِنُ اسْتِعْمَالُهَا عَلَىٰ غِرَّةٍ مِنَ المَقْصُودِ قَتْلُهُ، وَبِهِ يَحْصُلُ القَتْلُ غَالِبًا فَقُصِرَتِ العَمْدِيَّةُ نَظَرًا إِلَىٰ الآلَةِ،

وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ، خلافًا لمالكٍ رحمه الله تعالىٰ، ثمَّ اختلفوا في تفسيره فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: شبه العمد إذا تعمَّد ضربه بما ليسَ بموضوعٍ للقتل كحجر الرحىٰ ومثله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ: إذا تعمَّد ضربه بما يلبثُ فهو شبه عمدٍ، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: إذا تعمَّد ضربه بما لا يقتل به غالبًا، وبيانه أنه إذا ضربَ عمدًا سوطًا أو سوطين فماتَ فهو شبه عمدٍ بالاتفاق، أمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لأنه ليسَ بموضوعٍ للقتل، وأمَّا عندهما فلأنه ليسَ ممَّا لا يلبثُ، وأمَّا عند الشافعي فلأنه لا يقتل به غالبًا، وإذا ضرب بسوط صغيرٍ ووالىٰ حتى مات فإنه شبه عمدٍ عندنا، أمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ فلأنه ليسَ بموضوعٍ للقتل، وأمَّا عندهما فلأنه ممَّا يلبثُ، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ عمدٌ لأنه مما يقتلُ به غالبًا.

قوله: قَتِيلُ السَّوْطِ وَالْعَصَا، ذكر السوطَ والعصا مطلقًا فيتناولُ الصغيرَ والكبيرَ، ولا يقال: بأنَّ العادة في العصا جاريةٌ في استعمال الصغير؟ لأنا نقول: العادة مشتركةٌ، فإنَّ من الناس من يأخذ الصغيرَ، ومنهم من يأخذ الكبيرَ، فلا يصلح مقيدًا لإطلاق النصِّ.

قوله: وَبِهِ يَحْصُلُ القَتْلُ غَالِبًا، أي بالاستعمال علىٰ غرَّةٍ من المقصود بالقتل يحصلُ القتل غالبًا، ولا يحصل ذلك إلا بآلةٍ موضوعةٍ للقتل كالسيف والسكين.

فَكَانَ شِبْهُ العَمْدِ كَالْقَتْلِ بِالسَّوْطِ وَالْعَصَا الصَّغِيرَةِ.

قَالَ: (وَمُوجِبُ ذٰلِكَ عَلَىٰ القَوْلَيْنِ الإِثْمُ) ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ وَهُوَ قَاصِدٌ فِي الضَّرْبِ (وَالْكَفَّارَةُ) لِشَبَهِهِ بِالْخَطَأِ (وَالدِّيَةُ مُغَلَّظَةٌ عَلَىٰ العَاقِلَةِ) وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ دِيَةٍ وَجَبَتْ بِالْقَتْلِ ابْتِدَاءً لَا بِمَعْنًىٰ يَحْدُثُ مِنْ بَعْدٍ فَهِيَ عَلَىٰ العَاقِلَةِ اعْتِبَارًا بِالْخَطَأِ، وَتَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لِقَضِيَّةِ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَتَجِبُ مُغَلَّظَةً، وَسَنُبَيِّنُ صِفَةَ التَّغْلِيظِ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ (وَيَتَعَلَّقُ بِهِ حِرْمَانُ المِيرَاثِ) ؛ لِأَنَّهُ جَزَاءُ القَتْلِ، وَالشُّبْهَةُ تُؤَثِّرُ فِي سُقُوطِ القِصَاصِ دُونَ حِرْمَانِ المِيرَاثِ

قوله: وَمُوجِبُ ذٰلِكَ عَلَى القَوْلَيْنِ الإِثْمُ، أي موجب ما هو شبه العمد علىٰ حسب اختلاف القولين في صورته الإثمُ والكفارةُ لشبهه بالخطأ نظرًا إلى الآلة، فدخلَ تحت قوله تعالىٰ: ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـًٔا ﴾ [النساء: ٩٢] الآية، وقال صاحب الإيضاح: وجدتُ في كتب أصحابنا أن لا كفارةَ في شبه العمد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ الإثم كاملٌ متناهٍ وتناهيه يمنع شرع الكفارة، والصحيح أنه يجبُ فقد ذكر الطحاوي والجصاص وغيرهما أنَّ الكفارة واجبةٌ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ دِيَةٍ وَجَبَتْ بِالْقَتْلِ ابْتِدَاءً، احترز بقوله: ابْتِدَاءً، عن ديةٍ وجبت بالصلح في القتل العمد، وعن ديةٍ وجبت على الوالد بقتل ولده عمدًا، لأنَّها لم تجب ابتداءً، لأنَّ الواجب فيه ابتداء القصاص، إلا أنه يسقطُ بعلة الأبوة فوجبت الدية صيانةً للدم عن الهدر ويتعلَّقُ به حرمان الميراث، لأنه جزاء القتل مباشرةً وقد وجد، وتأثير الشبهة في درء القصاص لا في حرمان الميراث.

وَمَالِكٌ وَإِنْ أَنْكَرَ مَعْرِفَةَ شِبْهِ العَمْدِ فَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا أَسْلَفْنَاهُ.

[ثَالِثًا: القَتْلُ الخَطَأ]

قَالَ: (وَالْخَطَأُ عَلَىٰ نَوْعَيْنِ: خَطَأٌ فِي القَصْدِ، وَهُوَ أَنْ يَرْمِيَ شَخْصًا يَظُنُّهُ صَيْدًا، فَإِذَا هُوَ آدَمِيٌّ، أَوْ يَظُنُّهُ حَرْبِيًّا فَإِذَا هُوَ مُسْلِمٌ وَخَطَأٌ فِي الفِعْلِ، وَهُوَ أَنْ يَرْمِيَ غَرَضًا فَيُصِيبَ آدَمِيًّا، وَمُوجَبُ ذَٰلِكَ الكَفَّارَةُ، وَالدِّيَةُ عَلَىٰ العَاقِلَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] الآيَةَ، وَهِيَ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، لِمَا بَيَّنَّاهُ

قوله: وَمَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ وَإِنْ أَنْكَرَ مَعْرِفَةَ شِبْهِ العَمْدِ فَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا أَسْلَفْنَاهُ، قال مالكٌ رحمه الله تعالىٰ: لا أدري! ما شبه العمد؟ وإنَّما القتل نوعان: عمدٌ وخطأ، إذ لا واسطةَ بينهما في سائر الأفعال كذا في هذا الفعل، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «ألَا إنَّ قتيلَ خطأ العمد قتيلُ السَّوطِ والعَصا» وهو المراد بقوله: وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا أَسْلَفْنَاهُ،والصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم اتفقوا علىٰ شبه العمد حيث إوجبوا فيه الدية مغلظةً، مع اختلافٍ بينهم في صفة التغليظ.

[ثالثًا: القتل الخطأ]

قوله: وَالْخَطَأُ عَلَىٰ نَوْعَيْنِ: خَطَأٌ فِي القَصْدِ، وخطأ في الفعل، وإنَّما انحصرَ علىٰ هذين النوعين لأنَّ رميه السهم إلىٰ شيءٍ معيَّن بالقصد إليه مشتملٌ علىٰ فعلين: فعل القلب وهو القصدُ، وفعل الجارحة وهو الرميُ، فلو اتصل الخطأ بالفعل الأول كان هو النوع الأول، ولو اتصل بالفعل الثاني كان هو النوع الثاني، فلمَّا انحصرَ فعلُ الرمي علىٰ هذين الفعلين انحصر الخطأ المتصل بفعل الرمي أيضًا علىٰ هذين النوعين ضرورةً.

قوله: فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، لِمَا بَيَّنَّاهُ، أي من قضية عُمر رضي الله تعالىٰ عنه.

(وَلَا إِثْمَ فِيهِ) يَعْنِي فِي الوَجْهَيْنِ قَالُوا: المُرَادُ إِثْمُ القَتْلِ، فَأَمَّا فِي نَفْسِهِ فَلَا يَعْرَىٰ عَنِ الإِثْمِ مِنْ حَيْثُ تَرْكِ العَزِيمَةِ وَالْمُبَالَغَةُ فِي التَّثَبُّتِ فِي حَالِ الرَّمْيِ، إِذْ شَرْعُ الكَفَّارَةِ يُؤْذِنُ بِاعْتِبَارِ هٰذَا المَعْنَىٰ (وَيُحْرَمُ عَنِ المِيرَاثِ) ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِثْمًا فَيَصِحُّ تَعْلِيقُ الحِرْمَانِ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَعَمَّدَ الضَّرْبَ مَوْضِعًا مِنْ جَسَدِهِ فَأَخْطَأَ فَأَصَابَ مَوْضِعًا آخَرَ فَمَاتَ حَيْثُ يَجِبُ القِصَاصُ؛ لِأَنَّ القَتْلَ قَدْ وُجِدَ بِالْقَصْدِ إِلَىٰ بَعْضِ بَدَنِهِ، وَجَمِيعُ البَدَنِ كَالْمَحَلِّ الوَاحِدِ.

[رابِعًا: مَا أُجْرِيَ مَجْرَى الخَطَأ مِنَ القَتْلِ]

قَالَ: (وَمَا أُجْرِيَ مَجْرَىٰ الخَطَأِ مِثْلُ النَّائِمِ يَنْقَلِبُ عَلَىٰ رَجُلٍ فَيَقْتُلُهُ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الخَطَأِ فِي الشَّرْعِ.

قوله: وَلَا إِثْمَ فِيهِ، يَعْنِي فِي الوَجْهَيْنِ، قَالُوا: المُرَادُ إِثْمُ القَتْلِ، أي إثم قصد القتل، فَأَمَّا فِي نَفْسِهِ، أي فأمَّا القتلُ في نفسه فَلَا يَعْرَىٰ عَنِ الإِثْمِ مِنْ حَيْثُ تَرْكِ العَزِيمَةِ وَالْمُبَالَغَةُ فِي التَّثَبُّتِ، وهذا الإثم إثمُ القتل لأنَّ نفسَ ترك المبالغة في التثبت ليس بإثمٍ، وإنَّما يصيرُ به آثمًا إذا اتَّصلَ به القتلُ فتصيرُ الكفارةُ لذنب القتل وإن لم يكن فيه إثمٌ قصد القتل.

قوله: فَحُكْمُهُ حُكْمُ الخَطَأِ فِي الشَّرْعِ، لكنَّه دون الخطأ حقيقةً فإنه ليسَ من أهل القصد أصلًا، وإنَّما وجبت الكفارة لتَرك التحرُّز عن نومه في موضعٍ يتوهَّمُ أن يصير قاتلًا، والكفارةُ في قتل الخطأ إنَّما تجبُ لتَرك التحرُّز أيضًا، وحرمان الميراث لمباشرته القتل، ويتوهَّم أن يكون متناومًا ولم يكن نائمًا قصدًا منه إلى استعجال الإرث، والذي سقطَ من سطحٍ فوقعَ علىٰ إنسانٍ فقتله، أو كان في يده لبنة أو خشبة فسقطَ من يده ووقع علىٰ إنسانٍ

[خَامِسًا: القَتْلُ بِسَبَبٍ]

وَأَمَّا القَتْلُ بِسَبَبٍ كَحَافِرِ البِئْرِ وَوَاضِعِ الحَجَرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ، وَمُوجِبُهُ إِذَا تَلِفَ فِيهِ آدَمِيٌّ الدِّيَةُ عَلَىٰ العَاقِلَةِ) ؛ لِأَنَّهُ سَبَبُ التَّلَفِ وَهُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ فَأُنْزِلَ مَوْقِعًا دَافِعًا فَوَجَبَتِ الدِّيَةُ (وَلَا كَفَّارَةَ فِيهِ وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حِرْمَانُ المِيرَاثِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُلْحَقُ بِالْخَطَإِ فِي أَحْكَامِهِ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَنْزَلَهُ قَاتِلًا، وَلَنَا أَنَّ القَتْلَ مَعْدُومٌ مِنْهُ حَقِيقَةً فَأُلْحِقَ بِهِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ فَبَقِيَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ عَلَىٰ الأَصْلِ، وَهُوَ إِنْ كَانَ يَأْثَمُ بِالْحَفْرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ لَا يَأْثَمُ بِالْمَوْتِ عَلَىٰ مَا قَالُوا، وَهٰذِهِ كَفَّارَةُ

فقتله، أو كان علىٰ دابة فأوْطَأَها إنسانًا فقتله، مثل النائم ينقلب علىٰ رجلٍ فيقتله، لكونه قتلًا للمعصوم من غير قصدٍ، فكان جاريًا مجرى الخطأ، كذا في الأوضح.

[خامسًا: القتل بسبب]

قوله: وَلَنَا أَنَّ القَتْلَ مَعْدُومٌ مِنْهُ حَقِيقَةً، لأنَّ مباشرةَ القتل باتصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد وإنَّما اتصلَ فعله بالأرض، وإنَّما أُلْحَق التسبب بالمباشرة في إيجاب الضمان صيانةً للدم عن الهدر علىٰ خلاف الأصل، فبقىٰ في حقِّ الكفارة وحرمان الميراث على الأصل، فإن قيل: الكفارةُ والدِّية تتعلقان بالقتل وهو قاتلٌ في حق الدية فينبغي أن يكون قاتلًا في حقِّ الكفارة أيضًا؟ قلنا: الكفارةُ جزاء القتل والقتل معدومٌ منه حقيقةً، لأنَّ تصرُّفه لم يحصل في الجثَّة، وإنَّما وُجد في محلٍّ آخر والدية بدلُ المحلِّ وضمانُ المحل يعتمدُ فوات المحل، وقد وجد وإن حصلَ بالتسبيب.

ذَنْبِ القَتْلِ وَكَذَا الحِرْمَانُ بِسَبَبِهِ (وَمَا يَكُونُ شِبْهَ عَمْدٍ فِي النَّفْسِ فَهُوَ عَمْدٌ فِيمَا سِوَاهَا) ؛ لِأَنَّ إِتْلَافَ النَّفْسِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الآلَةِ، وَمَا دُونَهَا لَا يَخْتَصُّ إِتْلَافُهُ بِآلَةٍ دُونَ آلَةٍ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

قوله: لِأَنَّ إِتْلَافَ النَّفْسِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الآلَةِ، وذلك لأنَّ القتل إزهاقُ الروح وهيَ غير محسوسة لقصدِ أخذها، فيستدلُّ عليه بآلةٍ فيختلف باختلاف الآلة، فأمَّا دون النفس فإتلافه بالجرح وهو فعلٌ محسوسٌ، فلا يحتاجُ في تحقُّقه إلى الاستدلال بالآلة، فلا يختلف باختلاف الآلة، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ مَا يُوْجِبُ القِصَاصَ وَمَا لَا يُوْجِبُهُ

قَالَ: (الْقِصَاصُ وَاجِبٌ بِقَتْلِ كُلِّ مَحْقُونِ الدَّمِ عَلَىٰ التَّأْبِيدِ إِذَا قُتِلَ عَمْدًا) أَمَّا العَمْدِيَّةُ فَلِمَا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا حَقْنُ الدَّمِ عَلَىٰ التَّأْبِيدِ فَلِتَنْتَفِيَ شُبْهَةُ الإِبَاحَةِ وَتَتَحَقَّقَ المُسَاوَاةُ.

قَالَ: (وَيُقْتَلُ الحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْحُرُّ بِالْعَبْدِ) لِلْعُمُومَاتِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يُقْتَلُ الحُرُّ بِالْعَبْدِ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨] وَمِنْ ضَرُورَةِ هٰذِهِ المُقَابَلَةِ أَنْ لَا يُقْتَلَ حُرٌّ

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قوله: أَمَّا العَمْدِيَّةُ فَلِمَا بَيَّنَّاهُ، أي من الكتاب والسنة والمعقول، وَأَمَّا حَقْنُ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ فَلِتَنْتَفِيَ شُبْهَةُ الإِبَاحَةِ، لأنَّ عدم التأبيد يورث شبهة الإباحة كما في الحربيِّ المستأمن، ولا يقال: بأنَّ من أسْلَم في دار الحرب فقد صار محقون الدم على التأبيد ومع هذا لا يقتصُّ من قاتله؟ لأنَّ كمال الحقن لم يوجد في حقه لأنَّ كماله بالعصمة المقومة والمؤثمة، وبالإسلام حصلت له المؤثمة دون المقومة إذ المقومة تحصل بدار الإسلام.

قوله: لِلْعُمُومَاتِ، أنَّ النفس بالنفس، ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «العمد قود».

قوله: وَمِنْ ضَرُورَةِ هٰذِهِ المُقَابَلَةِ أَنْ لَا يُقْتَلَ حُرٌّ بِعَبْدٍ، لأنَّ قوله: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ﴾

بِعَبْدٍ، وَلِأَنَّ مَبْنَىٰ القِصَاصِ عَلَىٰ المُسَاوَاةِ وَهِيَ مُنْتَفِيَةٌ بَيْنَ المَالِكِ وَالْمَمْلُوكِ وَلِهٰذَا لَا يُقْطَعُ طَرَفُ الحُرِّ بِطَرَفِهِ، بِخِلَافِ العَبْدِ بِالْعَبْدِ؛

وقع تفسيرًا لقوله تعالىٰ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾ والمعتبر هو التفسير، ولأنَّ هذا يقتضي مقابلة جنس الأحرار بجنس الأحرار في حكم القصاص، فمن قال يقتل الحر بالعبد لا يكون جنس الأحرار مقابلًا بجنس الأحرار قصاصًا، بل يكون بعضهم مقابلًا بالبعض، ولأنَّ القصاص يعتمد المساواةَ ولا مساواة بين الحرِّ والعبد لأنَّ العبد مملوكٌ والحر مالكٌ، والمالكية أمارة القدرة والمملوكية سمة العجز، ولا مساواةَ بين القادر والعاجز، ولأنَّ الحرية حياةٌ والرقُّ موتٌ حكميٌّ حتَّىٰ ينسب المعتَق بالولاء إلى المعتِق لأنه أحياه بالإعتاق حكمًا، ولهذا لا يقطع طرف الحرِّ بطرف العبد، مع أنَّ حرمة الطرف دون حرمة النفس والأطراف تابعةٌ للنفوس، فلَأن لا يقتل الحرُّ بالعبد مع عظم حرمة النفس أوْلىٰ، ولا يقال: كيف يصحُّ استدلاله بالمقابلة وأنه لم يعتبر المقابلة في قوله: ﴿وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٨] فإنَّ عنده أيضًا يقتلُ الرجل بالأنثىٰ، لأنه يقول: إنَّما يقتل الرجل بالأنثىٰ لإطلاق قوله تعالىٰ: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ﴾ وإنَّما خصَّ الأنثىٰ بالذكر وإن كان حكمها مستفادًا من قوله: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ﴾ كيلا يظنَّ أنَّ ضعف البنية وقصور الحال في الأنثىٰ مانعٌ من وجوب القصاص فلإزالة هذا الوهم خصَّ الأنثىٰ بالذكر، ولا يُقال: بأنه ترك اعتبار المقابلة حيث قال بأنَّ العبد يقتل بالحرِّ؟ لأنَّ ذلك إنَّما ثبت بدلالة نصِّ قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾ فإنَّ العبدَ إذا قتل بالعبد فأوْلىٰ أن يقتل بالحرِّ، لأنَّ الحر أقوىٰ حالًا وأعْلىٰ رتبةً من العبد، ولنا ما تلونا وما روينا، فلا تعارضَ بما تلا لأنَّ فيه مقابلة مقيَّدة وفيما تلونا مقابلة مطلقة، والمطلق لا يحمل على المقيَّد، علىٰ أنه ليسَ في مقابلة الحرِّ بالحرِّ نفي مقابلة الحر بالعبد، لأنَّ فيه ذكر بعض ما يشتمله العموم علىٰ موافقة حكمه فلا يوجب تخصيص ما بقي، ألا ترىٰ أنه كما قابل العبد بالعبد قابل الأنثىٰ بالأنثىٰ،

لِأَنَّـهُمَا يَسْتَوِيَانِ، وَبِخِلَافِ العَبْدِ حَيْثُ يُقْتَلُ بِالْحُرِّ؛ لِأَنَّـهُ تَفَاوُتٌ إِلَىٰ نُقْصَانٍ، وَلَنَا أَنَّ القِصَاصَ يَعْتَمِدُ المُسَاوَاةَ فِي العِصْمَةِ وَهِيَ بِالدِّينِ وَبِالدَّارِ وَيَسْتَوِيَانِ فِيهِمَا، وَجَرَيَانُ القِصَاصِ بَيْنَ العَبْدَيْنِ يُؤْذِنُ بِانْتِفَاءِ شُبْهَةِ الإِبَاحَةِ، وَالنَّصُّ تَخْصِيصٌ بِالذِّكْرِ فَلَا يَنْفِي مَا عَدَاهُ.

قَالَ: (وَالْمُسْلِمُ بِالذِّمِّيِّ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ ، لَهُ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

ثمَّ لا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالأنثىٰ، وفائدة هذه المقابلة ما قال ابن عباس رضي الله تعالىٰ عنه: كانت المقابلة بين بني النضير وبين بني قريظة، وكان بنو النضير أشرف وكذا يعدون بني قريظة على النصف منهم، فتواضعوا علىٰ أنَّ العبد من بني النضير بمقابلة الحر من بني قريظة، والأنثىٰ منهم بمقابلة الذكر من بني قريظة، فنزلت الآية ردًّا عليهم وبيانًا أنَّ الحرَّ بمقابلة الحر، والعبد بمقابلة العبد، والأنثىٰ بمقابلة الأنثىٰ من القبيلتين جميعًا، فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس، وقوله: لأنَّ مبنى القصاص على المماثلة، قلنا: القصاصُ يعتمد المساواةَ في العصمة لا غير، ولهذا يقتل العاقل بالمجنون والعالمُ بالجاهل، وَهِيَ - أي العصمة - بِالدِّينِ - أي عنده - وَبِالدَّارِ - أي عندنا - وَيَسْتَوِيَانِ فِيهِمَا.

قوله: وَجَرَيَانُ القِصَاصِ بَيْنَ العَبْدَيْنِ يُؤْذِنُ بِانْتِفَاءِ شُبْهَةِ الإِبَاحَةِ، هذا جوابٌ عن تعليل الشافعي رحمه الله تعالىٰ في غير هذا الموضع بأنه تمكَّن في هذا الفعل شبهة الإباحة، لأنَّ الرقَّ أثرُ الكفر وحقيقة الكفر تمنع القصاص بين المسلم والكافر عند الشافعي رحمه الله تعالىٰ، أو يمنع القصاص بين المسلم والكافر المستأمن بالإجماع، فكذا أثر الكفر، وأثر الشيء يقوم مقام ذلك الشيء خصوصًا فيما يحتاط فيه، ألا ترىٰ أنه أقيمَ أثر النكاح وهيَ العدَّة مقام النكاح في منع نكاح الأخت وعدم جواز التزوج احتياطًا، كذا هنا لقيام

وَالسَّلَامُ - «لَا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ» وَلِأَنَّهُ لَا مُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا وَقْتَ الجِنَايَةِ، وَكَذَا الكُفْرُ مُبِيحٌ فَيُورِثُ الشُّبْهَةَ، وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَتَلَ مُسْلِمًا بِذِمِّيٍّ» وَلِأَنَّ المُسَاوَاةَ فِي العِصْمَةِ

أثر الكفر مقام الكفر في درء القصاص، وإنه ممَّا يحتال لدرئه ويحتاط في إسقاطه، فأجابَ رحمه الله تعالىٰ أنَّ جريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة.

قوله: وَلِأَنَّهُ لَا مُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا وَقْتَ الجِنَايَةِ، لقوله تعالىٰ: ﴿لَا يَسْتَوِيٓ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ﴾ [الحشر: ٢٠] ولأنَّ الكفر من أعظم النقائص والكافرُ كالميِّت لقوله تعالىٰ: ﴿أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَٰهُ﴾ [الأنعام: ١٢٢] ولا مساواةَ بين الميِّت من وجهٍ وبين الحيِّ من كل وجهٍ، والقصاص يبتني على المساواة، فإذا انتفت المساواة بينهما لا يجب القصاص، بخلاف الذميِّ إذا قتل ذميًا ثمَّ أسْلَم القاتل فعليه القصاص اتفاقًا لوجود المساواة بينهما وقتَ الجناية، ولهذا قيَّد بقوله: وَقْتَ الجِنَايَةِ.

قوله: وَكَذَا الكُفْرُ مُبِيحٌ فَيُورِثُ الشُّبْهَةَ، أي مبيحٌ للقتل لأنه من أعظم الجنايات فكان مؤثرًا في استدعاء القتل الذي هو نِهاية العقوبات، فإذا وجده ولم يبح لعارضٍ عقد الذمة أوْرَث شبهةً كالملك فإنه مبيحٌ لوطيٍ، فإذا وجد في الأخت رضاعًا ولم يبح صار شبهةً في درء الحدِّ.

قوله: وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَتَلَ مُسْلِمًا بِذِمِّيٍّ»، وقال: «أنا أحقُّ من وفَىٰ بذمته» فالفعل نصٌّ والتعليل دليلٌ علىٰ أن لا فرقَ بين أن يكون القاتل مسلمًا أو ذميًّا ثمَّ أسْلَم، لأنه عليه الصلاة والسلام أخْبَر أنَّ الوجوبَ لذمَّة المقتول، فكان فيه تنصيصٌ علىٰ وجوب القود على المسلم بقتل الذمي واستيفاء القود منه.

قوله: وَلِأَنَّ المُسَاوَاةَ فِي العِصْمَةِ ثَابِتَةٌ نَظَرًا إِلَى التَّكْلِيفِ، لأنه بِهذا الوصف

ثَابِتَةٌ نَظَرًا إِلَىٰ التَّكْلِيفِ وَالدَّارِ وَالْمُبِيحُ كُفْرُ الْمُحَارِبِ دُونَ الْمُسَالِمِ، وَالْقَتْلُ بِمِثْلِهِ يُؤْذِنُ بِانْتِفَاءِ الشُّبْهَةِ، وَالْمُرَادُ بِمَا رَوَىٰ الْحَرْبِيَّ لِسِيَاقِهِ «وَلَا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ» وَالْعَطْفُ لِلْمُغَايَرَةِ.

قَالَ: (وَلَا يُقْتَلُ بِالْمُسْتَأْمَنِ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَحْقُونِ الدَّمِ عَلَىٰ التَّأْبِيدِ، وَكَذٰلِكَ كُفْرُهُ بَاعِثٌ عَلَىٰ الحِرَابِ؛ لِأَنَّهُ عَلَىٰ قَصْدِ الرُّجُوعِ (وَلَا يُقْتَلُ الذِّمِّيُّ

استحقَّ البقاء لأنه يجب أن يكون قادرًا علىٰ إقامة ما كُلِّف به، ولا يتمكَّن من إقامة ما كلِّف به إلا بأن يكون محرم التعرض مدفوع أسْبَاب الهلاك، والكفرُ ليسَ بمبيحٍ بنفسه بل بواسطة كونه باعثًا على الحراب، فإذا سقط الحراب بعقد الذمة لم يبق الكفر مبيحًا، ولهذا قلنا أنَّ كفر المرأة لا يبيح القتل لأنه غير باعثٍ على الحراب، لأنَّ بنيتها غير صالحةً له.

قوله: وَالْقَتْلُ بِمِثْلِهِ يُؤْذِنُ بِانْتِفَاءِ الشُّبْهَةِ، أي قتل الذمي بالذمي دليلٌ علىٰ أنَّ كفر الذميِّ لا يورث شبهة إباحة القتل، إذ لو أوْرَث شبهةً لما جرى القصاص بين الذميين، كما لا يجري بين الحربيين، وكذا لا يجري بين المستأمنين علىٰ جواب الاستحسان، وأمَّا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يقتل المؤمن بكافر» المراد منه الكافر الحربيُّ المستأمن بدليل قوله: ولا ذو عهد، وهذا معطوفٌ على المسلم أي ولا يقتل ذو عهدٍ بكافرٍ، وإنَّما لا يقتل ذو العهد بالكافر الحربيِّ، فلو كان المراد به الذميُّ لَمَا صَحَّ جريان القصاص بين الذميين، فإن قيل: جاز أن يراد بذي العهد المسلم؟ قلنا: العطف يقتضي المغايرة، فإن قيل: هذا ابتداءٌ أي لا يقتل ذو عهدٍ في مدَّة عهده؟ قلنا: المراد بالأوَّل نفي القتل قصاصًا لا نفي مطلق القتل فكذا الثاني تحقيقًا للعطف.

قوله: وَلَا يُقْتَلُ الذِّمِّيُّ بِالْمُسْتَأْمَنِ، لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «ولا

بِالْمُسْتَأْمَنِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَيُقْتَلُ الْمُسْتَأْمَنُ بِالْمُسْتَأْمَنِ) قِيَاسًا لِلْمُسَاوَاةِ، وَلَا يُقْتَلُ اسْتِحْسَانًا لِقِيَامِ الْمُبِيحِ (وَيُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ، وَالْكَبِيرُ بِالصَّغِيرِ، وَالصَّحِيحُ بِالْأَعْمَىٰ وَالزَّمِنُ وَبِنَاقِصِ الْأَطْرَافِ وَبِالْمَجْنُونِ) لِلْعُمُومَاتِ، وَلِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ التَّفَاوُتِ فِيمَا وَرَاءَ الْعِصْمَةِ امْتِنَاعَ الْقِصَاصِ وَظُهُورَ التَّقَاتُلِ وَالتَّفَانِي.

قَالَ: (وَلَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِابْنِهِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا يُقَادُ الْوَالِدُ بِوَلَدِهِ» وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ حُجَّةٌ عَلَىٰ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي قَوْلِهِ يُقَادُ إِذَا ذَبَحَهُ ذَبْحًا، وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ لِإِحْيَائِهِ، فَمِنَ الْمُحَالِ أَنْ يُسْتَحَقَّ لَهُ إِفْنَاؤُهُ وَلِهَٰذَا لَا يَجُوزُ لَهُ قَتْلُهُ، وَإِنْ وَجَدَهُ فِي صَفِّ الْأَعْدَاءِ مُقَاتِلًا أَوْ زَانِيًا وَهُوَ مُحْصَنٌ، وَالْقِصَاصُ يَسْتَحِقُّهُ الْمَقْتُولُ ثُمَّ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ،

ذو عهدٍ في عهد».

قوله: «لَا يُقَادُ الْوَالِدُ بِوَلَدِهِ»، خصَّ به عموم الكتاب لأنَّ الكتاب مخصوصٌ بالإجماع، فإنَّ المولىٰ لا يقتصُّ بعبده ولا بعبد ولده فيخصُّ به أيضًا، وذكر الإمام البزدوي رحمه الله تعالىٰ أنَّ هذا حديثٌ مشهورٌ تلقَّته الأمة بالقبول، فيصلح مخصِّصًا أو ناسخًا لحكم الكتاب.

قوله: وَالْقِصَاصُ يَسْتَحِقُّهُ الْمَقْتُولُ - ولهذا يصحُّ عفو المجروح - ثُمَّ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ، هذا جوابٌ عمَّا يقال إنَّما يستقيمُ هذا التعليل إن لو كان المستحقُّ هو الابن المقتول، فأجابَ أنَّ حقَّ القصاص يثبت للمقتول أوَّلًا ثمَّ يخلفه الوارث، والابن ليسَ من أهل أن يستوجب ذلك علىٰ أبيه وبدون الأهلية لا يثبت الحكم، وفي الأوضح: إنَّما

وَالْجَدُّ مِنْ قِبَلِ الرِّجَالِ أَوِ النِّسَاءِ، وَإِنْ عَلَا فِي هٰذَا بِمَنْزِلَةِ الأَبِ، وَكَذَا الوَالِدَةُ وَالْجَدَّةُ مِنْ قِبَلِ الأَبِ أَوِ الأُمِّ قَرُبَتْ أَوْ بَعُدَتْ لِمَا بَيَّنَّا، وَيُقْتَلُ الوَلَدُ بِالْوَالِدِ لِعَدَمِ المُسْقِطِ.

قَالَ: (وَلَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِعَبْدِهِ وَلَا مُدَبَّرِهِ وَلَا مُكَاتَبِهِ وَلَا بِعَبْدِ وَلَدِهِ) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَوْجِبُ لِنَفْسِهِ عَلَىٰ نَفْسِهِ القِصَاصَ وَلَا وَلَدِهِ عَلَيْهِ، وَكَذَا لَا

يورث القصاص من المقتول لأنه حقُّ المقتول وقد تركه بالموت فيثبت لوارثه، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من ترك حقًّا أو مالًا فهو لورثته بعد موته» وهذا لأنَّ الحقوق علىٰ ضربين: حقٌّ يتعلق بالمحل، وهو الذي يبقىٰ بعد الموت ويثبت للوارث، لأنَّ الحق إذا تعلَّق بالمحل يبقىٰ ببقاء ذلك فيكون باقيًا بعد الموت، فإذا بقي بعد الموت يكون الميت تاركًا له بعد موته فيثبت لوارثه لِمَا ذكرنا من الحديث، وحقٌّ يتعلق بالفعل، وهو الذي لا يبقىٰ بعد الموت ولا يثبت للوارث، لأنَّ الحق إذا تعلق بالفعل فإنَّما يبقىٰ ما دام الشخص باقيًا أهلًا لذلك الفعل، وبالموت يخرج الشخص عن أن يكون أهلًا للفعل فلا يبقىٰ له فيه حقٌّ، فلا يكون تاركًا له بعد الموت فلا يمكن إثباته لورثته بعين ما ذكرنا من الدليل، والقصاص من الحقوق التي تتعلق بالمحل، لأنَّ نفس القاتل يصير ملكًا للمقتول لقوله تعالىٰ: ﴿ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ [المائدة: ٤٥] جعل النفس عوضًا عن النفس بحرف الباء، إذ هي للعوضية فلا يكون عوضًا إلا إذا كان مملوكًا له كالعوض الآخر، وإذا صار مملوكًا له يكون القصاص حقًّا يتعلَّق بالموت فيورث بعد الموت لما ذكرنا، بخلاف خيار الشرط وحدِّ القذف، إذ المغلب فيه حقُّ الشرع، والحقُّ في خيار الشرط لا يتعلَّق بالمحل بل يتعلق بالفعل، لأنه عبارةٌ عن ولاية الفسخ، والشخصُ بالموت لا يبقىٰ أهلًا للفسخ، فلا يكون الحقُّ باقيًا له بعد الموت فلا يكون تاركًا له بعد الموت فلا يثبت لورثته، وهذا

يُقْتَلُ بِعَبْدٍ مَلَكَ بَعْضَهُ؛ لِأَنَّ القِصَاصَ لَا يَتَجَزَّأُ.

قَالَ: (وَمَنْ وَرِثَ قِصَاصًا عَلَىٰ أَبِيهِ سَقَطَ) لِحُرْمَةِ الأُبُوَّةِ.

قَالَ: (وَلَا يُسْتَوْفَىٰ القِصَاصُ إِلَّا بِالسَّيْفِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُفْعَلُ بِهِ مِثْلُ مَا فَعَلَ إِنْ كَانَ فِعْلًا مَشْرُوعًا، فَإِنْ مَاتَ وَإِلَّا تُحَزَّ رَقَبَتُهُ؛ لِأَنَّ مَبْنَىٰ

الوجه إنَّما يوافق مذهبهما فإنه مذكورٌ في متن الكتاب بعد ذلك، وكذا في كتب أصول الفقه في باب الشهادة بالقتل أنَّ القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ يثبت للورثة ابتداءً.

قوله: وَمَنْ وَرِثَ قِصَاصًا عَلَىٰ أَبِيهِ، بأن قتل الأب أمَّ ابنه وورث الابنُ قصاص أمِّه علىٰ أبيه.

قوله: وَلَا يُسْتَوْفَى القِصَاصُ إِلَّا بِالسَّيْفِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: يُفْعَلُ بِهِ مِثْلُ مَا فَعَلَ إِنْ كَانَ فِعْلًا مَشْرُوعًا، كما إذا قطع يد إنسان عمدًا فماتَ منه يقطع يد القاتل ويمهل مثل تلك المدَّة، فإن ماتَ وإلا يجز رقبته، وإن حصلَ القتلُ بطريق غير مشروعٍ بأن سقاه خمرًا حتَّىٰ قتله، أو وطئ صغيرة، أو لاطَ بصبيٍّ فماتَ من ذلك اختلف أصحاب الشافعي فيه، قال بعضهم: يجز رقبته ويفعل به مثل ما فعلَ، وقال بعضهم: يتخذ آلةً من خشبٍ مثل آلة الرجل فيفعل به مثل ما فعلَ، وفي الخمر يؤجر الماء حتى يموتَ تحقيقًا للمساواة، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا قود إلَّا بالسيف» أي لا قود يستوفى إلَّا بالسيف والمراد بالسيف السلاح، هكذا فهمت الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم، وقال ابن مسعود رضي الله تعالىٰ عنه: ولا قود إلَّا بالسلاح، وإنَّما كنىٰ بالسيف عن السلاح، ولأنه فعلٌ مستحقٌّ شرعًا فيستوفى بالسيف كقتل المرتدِّ، وهذا لأنه إنَّما يستوفى المستحق بالطريق التي يتيقن أنه طريق له، وجز الرقبة متيقن بأنه طريق استيفاء القتل، فأمَّا قطع اليد فلا يكون طريقًا إلَّا بشرط السراية، وهو موهومٌ، وما يتعلَّق بالشرط لا يكون ثابتًا قبل

الْقِصَاصِ عَلَىٰ الْمُسَاوَاةِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا قَوَدَ إِلَّا بِالسَّيْفِ» وَالْمُرَادُ بِهِ السِّلَاحُ، وَلِأَنَّ فِيمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ اسْتِيفَاءُ الزِّيَادَةِ لَوْ لَمْ يَحْصُلِ الْمَقْصُودُ بِمِثْلِ مَا فَعَلَ فَيُحَزُّ فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ كَمَا فِي كَسْرِ الْعَظْمِ.

قَالَ: (وَإِذَا قُتِلَ الْمُكَاتَبُ عَمْدًا وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ إِلَّا الْمَوْلَىٰ وَتَرَكَ وَفَاءً فَلَهُ الْقِصَاصُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا أَرَىٰ فِي هٰذَا قِصَاصًا) ؛ لِأَنَّهُ اشْتَبَهَ سَبَبُ الِاسْتِيفَاءِ فَإِنَّهُ الْوَلَاءُ إِنْ مَاتَ حُرًّا وَالْمِلْكُ إِنْ مَاتَ عَبْدًا، وَصَارَ كَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ بِعْنِي هٰذِهِ الْجَارِيَةَ بِكَذَا، وَقَالَ الْمَوْلَىٰ زَوَّجْتُهَا مِنْكَ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا لِاخْتِلَافِ السَّبَبِ كَذَا هٰذَا، وَلَهُمَا أَنَّ حَقَّ الِاسْتِيفَاءِ لِلْمَوْلَىٰ بِيَقِينٍ عَلَىٰ التَّقْدِيرَيْنِ وَهُوَ مَعْلُومٌ وَالْحُكْمُ مُتَّحِدٌ، وَاخْتِلَافُ السَّبَبِ لَا يُفْضِي إِلَىٰ الْمُنَازَعَةِ وَلَا

الشرط، فقبل السراية هذا الفعل غير القتل فلا يكون مشروعًا فضلًا من أن يكون مستحقًّا، ثمَّ هو اعتبار معادلةٍ تقع ظلمًا انتهاءً، لأنه إذا برأت يده يجزُّ رقبته، والفعل الثانِي زيادةٌ علىٰ ما كان منه وهو حرامٌ فيجب الحذر عنه، كما في كسر العظم عمدًا، فإنه لا يجب القصاص أصلًا إلَّا في السنِّ لتوهُّم الزيادة، فلَأن يسقط البعض منه أوْلىٰ.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ حَقَّ الِاسْتِيفَاءِ لِلْمَوْلَىٰ بِيَقِينٍ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ، أي علىٰ تقدير موته حُرًّا وعلىٰ تقدير موته عبدًا، وَهُوَ مَعْلُومٌ، أي المولىٰ معلومٌ والحكم متحدٌ وهو استيفاء القصاص، وَاخْتِلَافُ السَّبَبِ لَا يُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَلَا إِلَى اخْتِلَافِ حُكْمٍ فَلَا

إِلَىٰ اخْتِلَافِ حُكْمٍ فَلَا يُبَالَىٰ بِهِ، بِخِلَافِ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ مِلْكِ الْيَمِينِ يُغَايِرُ حُكْمَ النِّكَاحِ (وَلَوْ تَرَكَ وَفَاءً وَلَهُ وَارِثٌ غَيْرُ الْمَوْلَىٰ فَلَا قِصَاصَ، وَإِنِ اجْتَمَعُوا مَعَ الْمَوْلَىٰ) ؛ لِأَنَّهُ اشْتَبَهَ مَنْ لَهُ الْحَقُّ؛ لِأَنَّهُ الْمَوْلَىٰ إِنْ مَاتَ عَبْدًا، وَالْوَارِثُ إِنْ مَاتَ حُرًّا إِذْ ظَهَرَ الِاخْتِلَافُ بَيْنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - فِي مَوْتِهِ عَلَىٰ نَعْتِ الْحُرِّيَّةِ أَوِ الرِّقِّ، بِخِلَافِ الْأُولَىٰ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَىٰ مُتَعَيِّنٌ فِيهَا (وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَلَهُ وَرَثَةٌ أَحْرَارٌ وَجَبَ الْقِصَاصُ لِلْمَوْلَىٰ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ عَبْدًا

يُبَالَىٰ بِهِ، أي باختلاف السبب، كما إذا قال المقرُّ: لكَ عليَّ ألفٌ من ثمن بيعٍ، وقال المقرُّ له: لا بل قرضٌ يجب الألف على المقرِّ.

قوله: بِخِلَافِ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ، أي المستشهد بها لأنَّ حكم ملك اليمين يغاير حكم ملك النكاح، لأنَّ حكم ملك اليمين كون الرقبة مملوكةً، وحلُّ الاستمتاع تبع والتبع بمنزلة المعدوم، والنكاح يثبت الحل مقصودًا فلم يكن الاتفاق فيما هو المقصود، والحكم بالحلِّ من غير تعيين السبب يفضي إلى المنازعة، لأنَّ الحل بملك اليمين يستلزم غرامة الثمن، والحلُّ بالنكاح يستلزم غرامة المهر، ولا كذلك هنا لأنَّ استيفاء القصاص على التقديرين واحدٌ.

قوله: إِذْ ظَهَرَ الِاخْتِلَافُ بَيْنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، فإنَّ علىٰ قول علي وعبد الله ابن مسعود رضي الله تعالىٰ عنهم يموت حرًّا إذا أدّيت كتابته، فيكون استيفاء القصاص لورثته، وعلىٰ قول زيد بن ثابت رضي الله عنه يموت عبدًا واستيفاء القصاص للمولىٰ.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَلَهُ وَرَثَةٌ أَحْرَارٌ وَجَبَ الْقِصَاصُ لِلْمَوْلَىٰ، ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده: يريد به أنه لم يترك وفاءً ولم يكن في قيمته وفاءٌ بالمكاتبة، أمَّا إذا كان

بِلَا رَيْبٍ لِانْفِسَاخِ الكِتَابَةِ، بِخِلَافِ مُعْتَقِ البَعْضِ إِذَا مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً؛ لِأَنَّ العِتْقَ فِي البَعْضِ لَا يَنْفَسِخُ بِالْعَجْزِ (وَإِذَا قُتِلَ عَبْدُ الرَّهْنِ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ لَمْ يَجِبِ القِصَاصُ حَتَّىٰ يَجْتَمِعَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ) ؛ لِأَنَّ

في قيمته وفاءٌ بالمكاتبة لا قصاصَ فيه، وتجبُ قيمته على القاتل في ماله لأنَّ موجب العمد وإن كان هو القصاص إلَّا أنه يجوز العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاةً لحقِّ من له القصاص، كما إذا كانت يد القاطع شلَّاء كان للمقطوع يده العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاةً لحقِّ من له القصاص لمَّا لم يجد مثل حقه بكماله، فكذا ههنا جاز العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاةً لحقِّ من له القصاص، لأنَّ وجوب القيمة أنْفَع له لأنه يحكمُ بحريته وحرية أولاده إذا أدَّىٰ بدل الكتابة من قيمته، ولو وجب القصاص يموت عبدًا ولا ينتفع بالقصاص، ولمَّا كان وجوب القيمة أنْفَع كان القول به أوْلىٰ.

قوله: بِخِلَافِ مُعْتَقِ البَعْضِ، يعني إذا ماتَ عاجزًا، ذكر في المنتقىٰ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه لا قصاصَ، لأنَّ بعجز المكاتب تنفسخ الكتابة، وموتُ المعتق لا يوجب انفساخ عتقه فلم يثبت الملك للمولىٰ في الكلِّ بموته عاجزًا.

قوله: وَإِذَا قُتِلَ عَبْدُ الرَّهْنِ، إلىٰ آخره، في بعض الفوائد: المرهونُ إذا قُتل عمدًا لا يكون للراهن القصاصُ إلا إذا اجتمع المرتَهن معه، فإذا اجتمع فله القصاص في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وقال محمد: ليسَ له ذلك، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، وجه قول محمد رحمه الله تعالىٰ أن للمرتَهن يدًا وللراهن ملكًا، فيضافُ العبدُ بكليته إلىٰ هذا من وجهٍ وإلىٰ ذلك من وجهٍ فلا يثبتُ الاستيفاء وإن اجتمعا عليه، كعبد المكاتب إذا قتل لا يجب القصاص وإن اجتمع المولىٰ والمكاتب، بخلاف المشتَرك حيث يجبُ إذا اجتمع المولَيان، لأنَّ الملكَ لكلٍّ واحد منهما ثابتٌ في النصف من كل وجهٍ، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّ الجنايةَ وقعت علىٰ ملك الراهن من كل وجهٍ، إلا أنه لا ينفرد

الْمُرْتَهِنَ لَا مِلْكَ لَهُ فَلَا يَلِيهِ، وَالرَّاهِنُ لَوْ تَوَلَّاهُ لَبَطَل حَقُّ الْمُرْتَهِنِ فِي الدَّيْنِ فَيُشْتَرَطُ اجْتِمَاعُهُمَا لِيَسْقُطَ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ بِرِضَاهُ.

قَالَ: (وَإِذَا قُتِلَ وَلِيُّ الْمَعْتُوهِ فَلِأَبِيهِ أَنْ يَقْتُلَ) ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الوِلَايَةِ عَلَىٰ النَّفْسِ شُرِعَ لِأَمْرٍ رَاجِعٍ إِلَيْهَا وَهُوَ تَشَفِّي الصَّدْرِ فَيَلِيهِ كَالْإِنْكَاحِ (وَلَهُ أَنْ يُصَالِحَ) ؛ لِأَنَّهُ أَنْظَرُ فِي حَقِّ الْمَعْتُوهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْفُوَ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ حَقِّهِ (وَكَذٰلِكَ إِنْ قُطِعَتْ يَدُ الْمَعْتُوهِ عَمْدًا) لِمَا ذَكَرْنَا

بالاستيفاء لِمَا فيه من إسقاط حقِّ المرتَهن، فإذا رضيَ سقطَ حقه، وإذا اقتصَّ سقط الدين لأنَّ القصاص لا يصلحُ بدلًا عن المالية فصارت المالية هالكةً في المرتَهن فيسقطُ الدين، وعلىٰ قوله: يشتَرطُ اجتماعهما ليسقط حقُّ المرتَهن برضاه نوع إشكالٍ، وهو أنَّ الاستيفاء قد تمَّ بالهلاك فكيفَ يعتبَر رِضاه لسقوط حقه، والجواب عنه أنَّ الاستيفاء وإن تمَّ بالهلاك لكنه غير مقرَّر لاحتمال العود إمَّا بالصلح أو بدعوى الشبهة في القتل فيصير خطأً.

قوله: وَإِذَا قُتِلَ وَلِيُّ الْمَعْتُوهِ - أي قريبه - فَلِأَبِيهِ، أي لأب المعتوه إذا قتل ابن المعتوه فلأب المعتوه وهو جدُّ المقتول ولاية استيفاء القصاص وولاية الصلح.

قوله: لِأَنَّهُ مِنَ الوِلَايَةِ، أي لأنَّ استيفاء القصاص من الولاية على النفس فيليه كالإنكاح، ولكن كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص، فإنَّ الأخ يملك الإنكاح ولا يملك استيفاء القصاص، وذلك لأنَّ القصاص شُرع لتشفي الصدور، وللأب شفقةٌ كاملةٌ بعد ضرر الولد نفسه فلذلك جعل التشفِّي للأب كالحاصل للابن، بخلاف الأخ، وله أن يصالحَ لكن هذا فيما إذا صالحَ على قدر الدية، أمَّا إذا صالح علىٰ أقلَّ من الدية لم يجز الحطُّ وإن قلَّ ويجبُ كمال الدية.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، أراد به قوله: لِأَنَّهُ مِنَ الوِلَايَةِ عَلَى النَّفْسِ شُرِعَ لِأَمْرٍ رَاجِعٍ إِلَيْهَا

(وَالْوَصِيُّ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَقْتُلُ) ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةٌ عَلَىٰ نَفْسِهِ وَهٰذَا مِنْ قَبِيلِهِ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ هٰذَا الإِطْلَاقِ الصُّلْحُ عَنِ النَّفْسِ وَاسْتِيفَاءُ القِصَاصِ فِي الطَّرَفِ فَإِنَّهُ لَمْ يُسْتَثْنَ إِلَّا القَتْلُ وَفِي كِتَابِ الصُّلْحِ أَنَّ الوَصِيَّ لَا يَمْلِكُ الصُّلْحَ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي النَّفْسِ بِالِاعْتِيَاضِ عَنْهُ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الِاسْتِيفَاءِ، وَوَجْهُ المَذْكُورِ هَاهُنَا أَنَّ المَقْصُودَ مِنَ الصُّلْحِ المَالُ وَأَنَّهُ يَجِبُ بِعَقْدِهِ كَمَا يَجِبُ بِعَقْدِ الأَبِ بِخِلَافِ القِصَاصِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ التَّشَفِّي وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِالْأَبِ وَلَا يَمْلِكُ العَفْوَ؛ لِأَنَّ الأَبَ لَا يَمْلِكُهُ لِمَا فِيهِ مِنَ الإِبْطَالِ فَهُوَ أَوْلَىٰ وَقَالُوا القِيَاسُ أَلَّا يَمْلِكَ الوَصِيُّ الِاسْتِيفَاءَ فِي الطَّرَفِ كَمَا لَا يَمْلِكُهُ فِي النَّفْسِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ مُتَّحِدٌ وَهُوَ التَّشَفِّي وَفِي الِاسْتِحْسَانِ يَمْلِكُهُ؛ لِأَنَّ الأَطْرَافَ

وَهُوَ تَشَفِّي الصَّدْرِ.

قوله: وَهٰذَا مِنْ قَبِيلِهِ، أي استيفاء القصاص من قبيل الولاية على النفس.

قوله: وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ هٰذَا الإِطْلَاقِ، وهو قوله: وَالْوَصِيُّ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ.

قوله: وَفِي كِتَابِ الصُّلْحِ أَنَّ الوَصِيَّ لَا يَمْلِكُ الصُّلْحَ، أي عن النفس على المال، أمَّا يملك الوصيُّ الصلحَ عمَّا دون النفس على المال لأنه يملك استيفاءه، فيملك صلحه على المال.

قوله: لِمَا فِيهِ مِنَ الإِبْطَالِ، أي إبطال حقِّ المعتوه من القصاص والمال.

يُسْلَكُ بِهَا مَسْلَكَ الأَمْوَالِ فَإِنَّهَا خُلِقَتْ وِقَايَةً لِلْأَنْفُسِ كَالْمَالِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فَكَانَ اسْتِيفَاؤُهُ بِمَنْزِلَةِ التَّصَرُّفِ فِي المَالِ، وَالصَّبِيُّ بِمَنْزِلَةِ المَعْتُوهِ فِي هٰذَا، وَالْقَاضِي بِمَنْزِلَةِ الأَبِ فِي الصَّحِيحِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ مَنْ قُتِلَ وَلَا وَلِيَّ لَهُ يَسْتَوْفِيهِ السُّلْطَانُ، وَالْقَاضِي بِمَنْزِلَتِهِ فِيهِ.

قَالَ: (وَمَنْ قُتِلَ وَلَهُ أَوْلِيَاءُ صِغَارٌ وَكِبَارٌ فَلِلْكِبَارِ أَنْ يَقْتُلُوا القَاتِلَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا لَيْسَ لَهُمْ ذٰلِكَ حَتَّىٰ يُدْرِكَ الصِّغَارُ) ؛ لِأَنَّ القِصَاصَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ وَلَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ البَعْضِ لِعَدَمِ التَّجَزِّي، وَفِي اسْتِيفَائِهِمِ الكُلَّ إِبْطَالُ حَقِّ الصِّغَارِ فَيُؤَخَّرُ إِلَىٰ إِدْرَاكِهِمْ كَمَا إِذَا كَانَ بَيْنَ الكَبِيرَيْنِ وَأَحَدُهُمَا غَائِبٌ أَوْ كَانَ بَيْنَ المَوْلَيَيْنِ، وَلَهُ أَنَّهُ حَقٌّ لَا يَتَجَزَّأُ لِثُبُوتِهِ بِسَبَبٍ لَا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ القَرَابَةُ، وَاحْتِمَالُ العَفْوِ

قوله: وَالصَّبِيُّ بِمَنْزِلَةِ المَعْتُوهِ فِي هٰذَا، أي إذا قتلَ قريب الصغير فلأبيه أن يقتصَّ، وله أن يصالحَ، وليسَ للوصيِّ أن يقتصَّ، وذكر الإمام التمرتاشي: ولو قتل عبد اليتيم لم يكن للوصيِّ أن يقتصَّ، ولو كان الأب حيًّا له أن يقتصَّ وله أن يصالح.

قوله: وَمَنْ قُتِلَ وَلَهُ أَوْلِيَاءُ صِغَارٌ وَكِبَارٌ، بأن كان للمقتول أخوان: أحدهما صغيرٌ والآخر كبيرٌ.

قوله: لِعَدَمِ التَّجَزِّي، لأنه تصرُّف في الروح وذا لا يقبل الوصفَ بالتجزي.

قوله: أَوْ كَانَ بَيْنَ المَوْلَيَيْنِ، أي أحدهما صغيرٌ أو كبيرٌ غائبٌ، فإن كان الشريكُ الكبيرُ أبَ الصغير فله أن يستوفي خلافًا للشافعي رحمه الله تعالىٰ، فعنده ليسَ للأب ولاية

مِنَ الصَّغِيرِ مُنْقَطِعٌ فَيَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَلًا كَمَا فِي وِلَايَةِ الإِنْكَاحِ، بِخِلَافِ الكَبِيرَيْنِ؛ لِأَنَّ احْتِمَالَ العَفْوِ مِنَ الغَائِبِ ثَابِتٌ وَمَسْأَلَةُ المَوْلَيَيْنِ مَمْنُوعَةٌ.

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا بِمَرٍّ فَقَتَلَهُ، فَإِنْ أَصَابَهُ بِالْحَدِيدِ قُتِلَ بِهِ وَإِنْ أَصَابَهُ بِالْعُودِ فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَهٰذَا إِذَا أَصَابَهُ بِحَدِّ الحَدِيدِ لِوُجُودِ الجُرْحِ فَكَمُلَ السَّبَبُ، وَإِنْ أَصَابَهُ بِظَهْرِ الحَدِيدِ فَعِنْدَهُمَا يَجِبُ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - اعْتِبَارًا مِنْهُ لِلْآلَةِ، وَهُوَ الحَدِيدُ وَعَنْهُ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا جَرَحَ، وَهُوَ الأَصَحُّ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَعَلَىٰ هٰذَا الضَّرْبُ بِسِنْجَاتِ المِيزَانِ؛ وَأَمَّا إِذَا

استيفاء قصاص الصغير.

قوله: وَمَسْأَلَةُ المَوْلَيَيْنِ مَمْنُوعَةٌ، ذكر في الأسرار: لا روايةَ في عبدٍ أعتقه رجلان ثمَّ قتل، أو قتل وله موليان، ويجوز أن لا يثبت القتلُ لأحدهما إلَّا إذا اجتمعا، كما في إنكاح أمةٍ أعْتَقها رجلان أو قبل الإعتاق، لأنَّ كل واحد منهما مالكٌ للنصف، والولايةُ على الشخص لا تثبتُ إلَّا بالكلِّ والكلُّ لا يثبت إلا بِهما، فقاما مقام رجلٍ واحدٍ والواحدُ منهما كنصف رجلٍ وشطر علةٍ، وفي فوائد مولانا حميد الدين: عبدٌ بين موليين وأحدهما صغيرٌ قتل عمدًا، قال بعض مشايخنا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ له ولاية استيفاء القصاص.

قوله: اعْتِبَارًا مِنْهُ لِلْآلَةِ، وَهُوَ الحَدِيدُ، فإنه معدٌّ لذلك في الدنيا والآخرة، قال الله تعالىٰ: ﴿وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾ [الحديد: ٢٥] وهو القتل، وقوله تعالىٰ: ﴿وَلَهُم مَّقَٰمِعُ مِنْ حَدِيدٍ ۝٢١﴾ [الحج: ٢١].

ضَرَبَهُ بِالْعُودِ فَإِنَّمَا تَجِبُ الدِّيَةُ لِوُجُودِ قَتْلِ النَّفْسِ المَعْصُومَةِ وَامْتِنَاعِ القِصَاصِ حَتَّىٰ لَا يُهْدَرَ الدَّمُ، ثُمَّ قِيلَ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ العَصَا الكَبِيرَةِ فَيَكُونُ قَتْلًا بِالْمُثْقَلِ، وَفِيهِ خِلَافُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ، وَقِيلَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ السَّوْطِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ وَهِيَ مَسْأَلَةُ المُوَالَاةِ، لَهُ أَنَّ المُوَالَاةَ فِي الضَّرَبَاتِ إِلَىٰ أَنْ مَاتَ دَلِيلُ العَمْدِيَّةِ فَيَتَحَقَّقُ المُوجِبُ، وَلَنَا مَا رَوَيْنَا «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَإِ العَمْدِ» وَيُرْوَىٰ «شِبْهِ العَمْدِ» الحَدِيثَ وَلِأَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ عَدَمِ العَمْدِيَّةِ؛ لِأَنَّ المُوَالَاةَ قَدْ تُسْتَعْمَلُ لِلتَّأْدِيبِ أَوْ لَعَلَّهُ اعْتَرَاهُ القَصْدُ فِي خِلَالِ الضَّرَبَاتِ فَيَعْرَىٰ أَوَّلُ الفِعْلِ عَنْهُ وَعَسَاهُ أَصَابَ المَقْتَلَ، وَالشُّبْهَةُ دَارِئَةٌ لِلْقَوَدِ فَوَجَبَ الدِّيَةُ.

قَالَ: (وَمَنْ غَرَّقَ صَبِيًّا أَوْ بَالِغًا فِي البَحْرِ فَلَا قِصَاصَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يُقْتَصُّ مِنْهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، غَيْرَ أَنَّ عِنْدَهُمَا

قوله: وَلَنَا مَا رَوَيْنَا «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَإِ العَمْدِ»، قتيلُ السوط والعصا، ولا يقال: أنه محمولٌ علىٰ عدم الموالاة؟ لأنا نقول: بأنَّ إجراءه علىٰ إطلاقه أَوْلىٰ، إذ فيه درءُ القصاص وهو مندوبٌ إليه.

قوله: وَمَنْ غَرَّقَ صَبِيًّا أَوْ بَالِغًا، ذكر محمد رحمه الله تعالىٰ التغريقَ بالماء مطلقًا، وهو علىٰ ثلاثة أَوْجُه: إن كان الماء قليلًا لا يقتل به غالبًا لا يجب القصاص بالاتفاق، وإن كان الماء كثيرًا إلا أنه يمكنه النجاة بالسباحة فهو شبه العمد عندنا، وإن كان الماء كثيرًا ولا يمكنه النجاة بالسباحة كالبحر، فهذا مسئلة الكتاب، كذا في بعض الفوائد.

يُسْتَوْفَىٰ حَزًّا وَعِنْدَهُ يُغَرَّقُ كَمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، لَهُمْ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ غَرَّقَ غَرَّقْنَاهُ» وَلِأَنَّ الآلَةَ قَاتِلَةٌ فَاسْتِعْمَالُهَا أَمَارَةُ العَمْدِيَّةِ، وَلَا مِرَاءَ فِي العِصْمَةِ، وَلَهُ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَإِ العَمْدِ قَتِيلُ السَّوْطِ وَالْعَصَا» وَفِيهِ «وَفِي كُلِّ خَطَإٍ أَرْشٌ» ؛ لِأَنَّ الآلَةَ غَيْرُ مُعَدَّةٍ لِلْقَتْلِ، وَلَا مُسْتَعْمَلَةٌ فِيهِ لِتَعَذُّرِ اسْتِعْمَالِهِ فَتَمَكَّنَتْ شُبْهَةُ عَدَمِ العَمْدِيَّةِ وَلِأَنَّ القِصَاصَ يُنْبِئُ عَنِ المُمَاثَلَةِ، وَمِنْهُ يُقَالُ: اقْتَصَّ أَثَرَهُ، وَمِنْهُ القُصَّةُ لِلْجَلَمَيْنِ، وَلَا تَمَاثُلَ بَيْنَ الجَرْحِ وَالدَّقِّ لِقُصُورِ الثَّانِي عَنْ تَخْرِيبِ الظَّاهِرِ، وَكَذَا لَا يَتَمَاثَلَانِ فِي حِكْمَةِ الزَّجْرِ؛ لِأَنَّ القَتْلَ بِالسِّلَاحِ غَالِبٌ وَبِالْمُثْقَلِ نَادِرٌ، وَمَا رَوَاهُ غَيْرُ مَرْفُوعٍ أَوْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَىٰ السِّيَاسَةِ، وَقَدْ أَوْمَتْ إِلَيْهِ إِضَافَتُهُ

قوله: لَهُمْ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ غَرَّقَ غَرَّقْنَاهُ»، أي للشافعي رحمه الله تعالىٰ ولهما، لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول، أو للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص والاستيفاء، ولهما الاستدلال بِهذا الحديث في وجوب القصاص، وفي الاستيفاء لم يعملا بِهذا الحديث لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قود إلّا بالسيف».

قوله: وَفِيهِ «وَفِي كُلِّ خَطَإٍ أَرْشٌ»، تتمة الحديث.

قوله: وَمَا رَوَاهُ غَيْرُ مَرْفُوعٍ، وهو «مَنْ غَرَّقَ غَرَّقْنَاهُ» أو هو محمول على السياسة.

قوله: وَقَدْ أَوْمَتْ إِلَيْهِ إِضَافَتُهُ، أي أوْمَت إلى الحمل على السياسة إضافة النبيّ

إِلَىٰ نَفْسِهِ فِيهِ وَإِذَا امْتَنَعَ القِصَاصُ وَجَبَتِ الدِّيَةُ، وَهِيَ عَلَىٰ العَاقِلَةِ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ وَاخْتِلَافُ الرِّوَايَتَيْنِ فِي الكَفَّارَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا عَمْدًا فَلَمْ يَزَلْ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّىٰ مَاتَ فَعَلَيْهِ القِصَاصُ) لِوُجُودِ السَّبَبِ وَعَدَمِ مَا يُبْطِلُ حُكْمَهُ فِي الظَّاهِرِ فَأُضِيفَ إِلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِذَا التَقَىٰ الصَّفَّانِ مِنَ المُسْلِمِينَ وَالْمُشْرِكِينَ فَقَتَلَ مُسْلِمٌ مُسْلِمًا ظَنَّ أَنَّهُ مُشْرِكٌ فَلَا قَوَدَ عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ) ؛ لِأَنَّ هٰذَا أَحَدُ نَوْعَيِ الخَطَإِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَالْخَطأُ بِنَوْعَيْهِ لَا يُوجِبُ القَوَدَ وَيُوجِبُ الكَفَّارَةَ، وَكَذَا الدِّيَةُ عَلَىٰ مَا نَطَقَ بِهِ نَصُّ الكِتَابِ ....

عليه الصلاة والسلام فعل التغريق إلىٰ نفسه حيث قال: «غرقناه» ولم يقل: من غرق يغرق، واختلاف الروايتين بالرفع وهو مبتدأ، وقوله «الكفارة» خبره، أي اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ إنَّما كان في الكفارة لا في الدية، لأنَّ الدية واجبةٌ من غير تردُّدٍ وبالنصب لا يكاد يصحُّ، لأنه لم يذكر اختلاف الروايتين في الكفارة قبل هذا، إلَّا أن يكون مراده ذكره في كتابٍ آخر، أو مراده من اختلاف الروايتين اختلاف القولين، وقد ذكر قبل هذا حيث قال: وموجب ذلك على القولين الإثم لأنه قتلٌ، وهو قاصدٌ في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ، وفي الإيضاح بعد ما قال: في شبه العمد الكفارةُ: وجدتُ في كتب أصحابنا أن لا كفارةَ في شبه العمد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

قوله: أَحَدُ نَوْعَيِ الخَطَإِ، وهو الخطأ في القصد.

قوله: عَلَىٰ مَا نَطَقَ بِهِ نَصُّ الكِتَابِ، وهو قوله تعالىٰ: ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا

«وَلَمَّا اخْتَلَفَتْ سُيُوفُ الْمُسْلِمِينَ عَلَىٰ اليَمَانِ أَبِي حُذَيْفَةَ قَضَىٰ رَسُولُ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - بِالدِّيَةِ» قَالُوا: إِنَّمَا تَجِبُ الدِّيَةُ إِذَا كَانُوا مُخْتَلَطِينَ، فَإِنْ كَانَ فِي صَفِّ الْمُشْرِكِينَ لَا تَجِبُ لِسُقُوطِ عِصْمَتِهِ بِتَكْثِيرِ سَوَادِهِمْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ كَثَّرَ سَوَادَ قَوْمٍ فَهُوَ مِنْهُمْ».

قَالَ: (وَمَنْ شَجَّ نَفْسَهُ وَشَجَّهُ رَجُلٌ وَعَقَرَهُ أَسَدٌ وَأَصَابَتْهُ حَيَّةٌ فَمَاتَ مِنْ ذٰلِكَ كُلِّهِ فَعَلَىٰ الأَجْنَبِيِّ ثُلُثُ الدِّيَةِ) ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الأَسَدِ وَالْحَيَّةِ جِنْسٌ وَاحِدٌ لِكَوْنِهِ هَدَرًا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَفِعْلُهُ بِنَفْسِهِ هَدَرٌ فِي الدُّنْيَا مُعْتَبَرٌ فِي الآخِرَةِ حَتَّىٰ يَأْثَمَ عَلَيْهِ، وَفِي النَّوَادِرِ أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ يُغَسَّلُ وَيُصَلَّىٰ عَلَيْهِ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُغَسَّلُ وَلَا يُصَلَّىٰ عَلَيْهِ،

فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾ [النساء: ٩٢].

قوله: وَلَمَّا اخْتَلَفَتْ سُيُوفُ الْمُسْلِمِينَ عَلَى اليَمَانِ أَبِي حُذَيْفَةَ، في حرب أُحُدٍ وظنَّه المسلمون حربيًّا.

قوله: وَفِي النَّوَادِرِ أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ يُغَسَّلُ وَيُصَلَّىٰ عَلَيْهِ، هذا أثر كون فعله غير معتبَر، لأنه لمَّا كان يغسل ويصلىٰ عليه صار كأنه ماتَ حتفَ أنفه بمرضه من غير فعله علىٰ نفسه عندهما، أمَّا عند أبي يوسفَ رحمه الله تعالىٰ فجنايته علىٰ نفسه معتبَرة، حتَّىٰ لا يصلىٰ عليه وصار بمنزلة الباغي، ولو كان فعله هدرًا أصلًا كنهش الحيَّة ولم يكن جنايةً مع كونه مقتولًا حقيقةً لكان شهيدًا، ويسقط غسله فلم يكن

وَفِي شَرْحِ السِّيَرِ الكَبِيرِ ذَكَرَ فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ اخْتِلَافَ المَشَايِخِ عَلَىٰ مَا كَتَبْنَاهُ فِي كِتَابِ «التَّجْنِيسِ وَالْمَزِيدِ»، فَلَمْ يَكُنْ هَدَرًا مُطْلَقًا وَكَانَ جِنْسًا آخَرَ، وَفِعْلُ الأَجْنَبِيِّ مُعْتَبَرٌ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ فَصَارَتْ ثَلَاثَةَ أَجْنَاسٍ فَكَأَنَّ النَّفْسَ تَلِفَتْ بِثَلَاثَةِ أَفْعَالٍ فَيَكُونُ التَّالِفُ بِفِعْلِ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثَهُ فَيَجِبُ عَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

فعله هدرًا مطلقًا فكان جنسًا آخر، وفعل الأسد والحيَّة هدرٌ في الدنيا والآخرة، وفعل الأجنبيِّ معتبَرٌ في الدنيا والآخرة، فيكون التالِف بفعل كلِّ واحدٍ ثلثه، فيجبُ عليه ثلث الدية، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

فَصْلٌ: [فِي بَيَانِ مَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ التَّبَع لِلْقِصَاص]

قَالَ: (وَمَنْ شَهَرَ عَلَى المُسْلِمِينَ سَيْفًا فَعَلَيْهِمْ أَنْ يَقْتُلُوهُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ شَهَرَ عَلَى المُسْلِمِينَ سَيْفًا فَقَدْ أَطَلَّ دَمَهُ» وَلِأَنَّهُ بَاغٍ فَتَسْقُطُ عِصْمَتُهُ بِبَغْيِهِ، وَلِأَنَّهُ تَعَيَّنَ طَرِيقًا لِدَفْعِ القَتْلِ عَنْ نَفْسِهِ فَلَهُ قَتْلُهُ وَقَوْلُهُ: فَعَلَيْهِمْ وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: فَحَقٌّ عَلَى المُسْلِمِينَ أَنْ يَقْتُلُوهُ إِشَارَةٌ إِلَى الوُجُوبِ، وَالْمَعْنَىٰ وُجُوبُ دَفْعِ الضَّرَرِ، وَفِي سَرِقَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ شَهَرَ عَلَىٰ رَجُلٍ سِلَاحًا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا أَوْ شَهَرَ عَلَيْهِ عَصًا لَيْلًا فِي مِصْرٍ أَوْ نَهَارًا

فصل: [في بيان ما هو بمنزلة التبع للقصاص]

قوله: فَقَدْ أَطَلَّ دَمَهُ، أي أهْدَر، وقوله: فَعَلَيْهِمْ، وقوله: فَحَقٌّ عَلَى المُسْلِمِينَ أَنْ يَقْتُلُوهُ، إشارةٌ إلى الوجوب، والمعنىٰ وجوب دفع الضرر، أي إنَّما وجب القتل لأنَّ دفع الضرر واجبٌ.

قوله: وَفِي سَرِقَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ، إلخ، وإنَّما ذكر هذه لزيادة بيان فيها ما ليسَ في قوله: وَمَنْ شَهَرَ عَلَى المُسْلِمِينَ سَيْفًا فَعَلَيْهِمْ أَنْ يَقْتُلُوهُ، وهو قوله: فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وإنَّما ذكر هذه لفائدةٍ وهو أنَّ من الجائز أن يجوز قتله وعليه الضمان، كما في قتل الجمل الصائل والأكل من مال الغير حالة المخمصة، فقال: فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، لدفع هذا الوهم.

فِي طَرِيقٍ فِي غَيْرِ مِصْرٍ فَقَتَلَهُ المَشْهُورُ عَلَيْهِ عَمْدًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِمَا بَيَّنَّا، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ السِّلَاحَ لَا يَلْبَثُ فَيَحْتَاجُ إِلَىٰ دَفْعِهِ بِالْقَتْلِ وَالْعَصَا الصَّغِيرَةِ، وَإِنْ كَانَتْ تَلْبَثُ وَلٰكِنْ فِي اللَّيْلِ لَا يَلْحَقُهُ الغَوْثُ فَيُضْطَرُّ إِلَىٰ دَفْعِهِ بِالْقَتْلِ، وَكَذَا فِي النَّهَارِ فِي غَيْرِ المِصْرِ فِي الطَّرِيقِ لَا يَلْحَقُهُ الغَوْثُ فَإِذَا قَتَلَهُ كَانَ دَمُهُ هَدَرًا قَالُوا: فَإِنْ كَانَ عَصًا لَا تَلْبَثُ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ مِثْلَ السِّلَاحِ عِنْدَهُمَا.

قَالَ: (وَإِنْ شَهَرَ المَجْنُونُ عَلَىٰ غَيْرِهِ سِلَاحًا فَقَتَلَهُ المَشْهُورُ عَلَيْهِ عَمْدًا فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ الصَّبِيُّ وَالدَّابَّةُ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ فِي الدَّابَّةِ وَلَا يَجِبُ فِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، لِلشَّافِعِيِّ أَنَّهُ قَتَلَهُ دَافِعًا عَنْ نَفْسِهِ فَيُعْتَبَرُ بِالْبَالِغِ الشَّاهِرِ، وَلِأَنَّهُ يَصِيرُ مَحْمُولًا عَلَىٰ قَتْلِهِ بِفِعْلِهِ فَأَشْبَهَ المُكْرَهَ،

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارةٌ إلىٰ ما ذكر من الحديث والمعقول، فإن قيل: قوله في الحديث «فقد أطَلَّ دَمَهُ» يدلُّ على الإباحة فقط فكيف يتمسَّك به على الوجوب؟ قلنا: لمَّا أهْدَر دمه صار ملحقًا بالكافر الحربيِّ المحارب فيكون قتله واجبًا، لكن لا لعين القتل بل لدفع الضَّرر، حتَّىٰ لو أمْكن دفعه بغير القتل لا يجوز قتله، والدليل علىٰ أنَّ قتله واجبٌ أنَّ المباح ما استوىٰ طرفاه ولا يأثم التارك بتَركه، وههنا لو ترك المشهور عليه قتل الشَّاهر مع إمكانه يكون آثمًا، فدلَّ أنه واجبٌ.

قوله: فَأَشْبَهَ المُكْرَهَ، صورته أنَّ رجلًا أكره غيره بالسلاح علىٰ أن يقتله وتحقَّق عند المكره أنه لو لم يقتله لقتله هو فقتله فلا شيءَ عليه، ولا يُقال: بأنَّ عند الشافعي

وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ فِعْلَ الدَّابَّةِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ أَصْلًا حَتَّىٰ لَوْ تَحَقَّقَ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ أَمَّا فِعْلُهُمَا مُعْتَبَرٌ فِي الجُمْلَةِ حَتَّىٰ لَوْ حَقَّقْنَاهُ يَجِبُ عَلَيْهِمَا الضَّمَانُ، وَكَذَا عِصْمَتُهُمَا لِحَقِّهِمَا وَعِصْمَةُ الدَّابَّةِ لِحَقِّ مَالِكِهَا فَكَانَ فِعْلُهُمَا مُسْقِطًا لِلْعِصْمَةِ دُونَ فِعْلِ الدَّابَّةِ، وَلَنَا أَنَّهُ قَتَلَ شَخْصًا مَعْصُومًا أَوْ أَتْلَفَ مَالًا مَعْصُومًا حَقًّا لِلْمَالِكِ وَفِعْلُ الدَّابَّةِ لَا يَصْلُحُ مُسْقِطًا وَكَذَا فِعْلُهُمَا، وَإِنْ كَانَتْ عِصْمَتُهُمَا حَقُّهُمَا لِعَدَمِ اخْتِيَارٍ صَحِيحٍ، وَلِهَٰذَا لَا يَجِبُ القِصَاصُ بِتَحَقُّقِ الفِعْلِ مِنْهُمَا، بِخِلَافِ العَاقِلِ البَالِغِ؛ لِأَنَّ لَهُ اخْتِيَارًا صَحِيحًا، وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ القِصَاصُ لِوُجُودِ الْمُبِيحِ وَهُوَ دَفْعُ الشَّرِّ فَتَجِبُ الدِّيَةُ.

قَالَ: (وَمَنْ شَهَرَ عَلَىٰ غَيْرِهِ سِلَاحًا فِي المِصْرِ فَضَرَبَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ الآخَرُ

رحمه الله تعالىٰ يجب القصاصُ على المكره فكيفَ يصحُّ الاستدلال؟ لأنَّا نقول: إنَّما يجب القصاص عنده على المكره إذا كان المقتولُ غير المكره، فأمَّا إذا أكْرَهه المكره علىٰ قتل المكره فقتله فلا روايةَ فيه، ويحتمل أن لا يجب القصاصُ عنده ههنا لأنَّ المكره أسْقَط عصمةَ نفسه بالإكراه فلا يجبُ القصاص بقتله، بخلاف ما إذا كان المقتولُ غير المكره لأنَّ المقتول ثمَّ معصومٌ فافترَقا.

قوله: وَلِهَٰذَا لَا يَجِبُ القِصَاصُ بِتَحَقُّقِ الفِعْلِ مِنْهُمَا، أي على الشَّاهر وهو الصبيُّ والمجنون.

قوله: فَضَرَبَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ، أي فضربه الشاهرُ فانصرفَ ثمَّ قتله المشهورُ عليه فعلى القاتل القصاصُ، هذا إذا ضربه الأوَّلُ وكفَّ عن الضرب علىٰ وجهٍ لا يريدُ ضربه ثانيًا،

فَعَلَىٰ القَاتِلِ القِصَاصُ) مَعْنَاهُ: إِذَا ضَرَبَهُ فَانصَرَفَ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ مُحَارِبًا بِالِانْصِرَافِ فَعَادَتْ عِصْمَتُهُ.

قَالَ: (وَمَنْ دَخَلَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ لَيْلًا وَأَخْرَجَ السَّرِقَةَ فَاتَّبَعَهُ وَقَتَلَهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «قَاتِلْ دُونَ مَالِكَ» وَلِأَنَّهُ يُبَاحُ لَهُ القَتْلُ دَفْعًا فِي الِابْتِدَاءِ فَكَذَا اسْتِرْدَادًا فِي الِانْتِهَاءِ، وَتَأْوِيلُ المَسْأَلَةِ إِذَا كَانَ لَا يَتَمَكَّنُ مِنَ الِاسْتِرْدَادِ إِلَّا بِالْقَتْلِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

لأنه لمَّا شَهَرَ حلَّ دمه دفعًا لشرِّه، فلمَّا لم يقتله وكفَّ عنه اندفعَ شره وعادت عصمته، فإذا قتله فقد قتلَ شخصًا معصومًا من غير دفع ضررٍ فلزمه القصاص.

قوله: قَاتِلْ دُونَ مَالِكَ، أي لأجل مالك.

قوله: وَتَأْوِيلُ المَسْأَلَةِ إِذَا كَانَ لَا يَتَمَكَّنُ مِنَ الِاسْتِرْدَادِ إِلَّا بِالْقَتْلِ، أمَّا إذا أمْكنه بطريقٍ آخر كالتهديد والصياح عليه يكون القتل مضمونًا، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

بَابُ القِصَاصِ فِيْمَا دُوْنَ النَّفْسِ

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ غَيْرِهِ عَمْدًا مِنَ المِفْصَلِ قُطِعَتْ يَدُهُ وَإِنْ كَانَتْ يَدُهُ أَكْبَرَ مِنَ اليَدِ المَقْطُوعَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] وَهُوَ يُنْبِئُ عَنِ المُمَاثَلَةِ، فَكُلُّ مَا أَمْكَنَ رِعَايَتُهَا فِيهِ يَجِبُ فِيهِ القِصَاصُ وَمَا لَا فَلَا، وَقَدْ أَمْكَنَ فِي القَطْعِ مِنَ المِفْصَلِ فَاعْتُبِرَ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِكِبَرِ اليَدِ وَصِغَرِهَا لِأَنَّ مَنْفَعَةَ اليَدِ لَا تَخْتَلِفُ بِذٰلِكَ، وَكَذٰلِكَ الرِّجْلُ وَمَارِنُ الأَنْفِ وَالأُذُنُ لِإِمْكَانِ رِعَايَةِ المُمَاثَلَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ عَيْنَ رَجُلٍ فَقَلَعَهَا لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ) لِامْتِنَاعِ المُمَاثَلَةِ فِي القَلْعِ، وَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً فَذَهَبَ ضَوْءُهَا فَعَلَيْهِ القِصَاصُ لِإِمْكَانِ

باب القصاص فيما دون النفس

قوله: وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ، أي ذات قصاصٍ، في شرح الأقطع: فاقتضت الآية ثبوتَ القصاص فيما دون النفس، وفي الإيضاح: فصار القصاص فيما دون النفس مشروعًا بهذه الآية، والمماثلةُ معتبَرةُ من حيث سلامة الأجزاء ولفظ القصاص ينبئُ عن هذا.

قوله: لِامْتِنَاعِ المُمَاثَلَةِ فِي القَلْعِ، لأنَّها إذا قُوِّرت فقد تعذَّر اعتبار المماثلة، لأنه ليسَ له حدٌّ معلومٌ، ومن الجائز أن يكون الثاني زائدًا.

الْمُمَاثَلَةِ عَلَىٰ مَا قَالَ فِي الكِتَابِ: تُحْمَىٰ لَهُ الْمِرْآةُ وَيُجْعَلُ عَلَىٰ وَجْهِهِ قُطْنٌ رَطْبٌ وَتُقَابَلُ عَيْنُهُ بِالْمِرْآةِ فَيَذْهَبُ ضَوْءُهَا، وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -.

قَالَ: (وَفِي السِّنِّ القِصَاصُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ﴾ [المائدة: ٤٥] (وَإِنْ كَانَ سِنُّ مَنْ يُقْتَصُّ مِنْهُ أَكْبَرَ مِنْ سِنِّ الآخَرِ) لِأَنَّ مَنْفَعَةَ السِّنِّ لَا تَتَفَاوَتُ بِالصِّغَرِ وَالْكِبَرِ.

قَالَ: (وَفِي كُلِّ شَجَّةٍ تَتَحَقَّقُ فِيهَا الْمُمَاثَلَةُ القِصَاصُ) لِمَا تَلَوْنَا.

قَالَ: (وَلَا قِصَاصَ فِي عَظْمٍ إِلَّا فِي السِّنِّ) وَهٰذَا اللَّفْظُ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -، وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا قِصَاصَ فِي العَظْمِ» وَالْمُرَادُ غَيْرُ السِّنِّ، وَلِأَنَّ اعْتِبَارَ الْمُمَاثَلَةِ فِي

قوله: وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، هذه حادثةٌ وقعت في زمن عثمان رضي الله تعالىٰ عنه فسأَلَ الصحابة عنها فلم يكن عندهم جوابٌ، فحضر عليٌّ رضي الله تعالىٰ عنه فسأله فأجابَ بِهذا فقضىٰ عثمان بِهذا ولم ينكر أحدٌ من الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم، فصار إجماعًا منهم.

قوله: وَلَا قِصَاصَ فِي عَظْمٍ إِلَّا فِي السِّنِّ، وَهٰذَا اللَّفْظُ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا قِصَاصَ فِي العَظْمِ»، وَالْمُرَادُ غَيْرُ السِّنِّ، لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾ [المائدة: ٤٥] يُؤخذ الثنية بالثنية، والناب بالناب، والضرس بالضرس، والأعلىٰ بالأعلىٰ، والأسفل بالأسفل، لِمَا في خلاف ذلك من

غَيْرِ السِّنِّ مُتَعَذِّرٌ لِاحْتِمَالِ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ، بِخِلَافِ السِّنِّ لِأَنَّهُ يُبْرَدُ بِالْمِبْرَدِ، وَلَوْ قَلَعَ مِنْ أَصْلِهِ يُقْلَعُ الثَّانِي فَيَتَمَاثَلَانِ.

قَالَ: (وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ شِبْهُ عَمْدٍ إِنَّمَا هُوَ عَمْدٌ أَوْ خَطَأٌ) لِأَنَّ شِبْهَ العَمْدِ يَعُودُ إِلَىٰ الآلَةِ، وَالْقَتْلُ هُوَ الَّذِي يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهَا دُونَ مَا دُونَ النَّفْسِ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ إِتْلَافُهُ بِاخْتِلَافِ الآلَةِ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا العَمْدُ وَالْخَطَأُ. (وَلَا قِصَاصَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ، وَلَا بَيْنَ الحُرِّ وَالْعَبْدِ، وَلَا بَيْنَ العَبْدَيْنِ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ إِلَّا فِي الحُرِّ يَقْطَعُ طَرَفَ العَبْدِ. وَيُعْتَبَرُ الأَطْرَافُ بِالْأَنْفُسِ لِكَوْنِهَا تَابِعَةً لَهَا. وَلَنَا أَنَّ الأَطْرَافَ يُسْلَكُ بِهَا مَسْلَكُ الأَمْوَالِ

الإخلال بالمماثلة، وبين الأطباء كلامٌ في السنِّ أنه عظمٌ أو طرفُ عصبٍ يابسٍ؟ فمنهم من ينكر كون السنِّ عظمًا لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة، فعلىٰ هذا لا حاجةَ إلى الفرق بينه وبين سائر العظام متىٰ ثبتَ أنه ليس بعظمٍ، ولئن قلنا أنه عظمٌ ففي سائر العظام لتعذُّر اعتبار المساواة لا يجبُ القصاص، وذلك لا يوجد هٰهنا لأنه يمكن أن يبرد بالمبرد بقدر ما كسرَ منه، وكذا إذا قلع السنَّ فإنه لا يقلع سنةً قصاصًا لتعذُّر اعتبار المماثلة فيه، فربَّما يفسد به الثانية ولكن يبرد بالمبرد إلىٰ موضع أصل السنِّ.

قوله: وَلَا بَيْنَ الحُرِّ وَالْعَبْدِ، وَلَا بَيْنَ العَبْدَيْنِ، أي فيما دون النفس.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الأَطْرَافَ يُسْلَكُ بِهَا مَسْلَكُ الأَمْوَالِ، لأنَّ الأطرافَ خلقت وقايةً للأنفس كالمال، وعن عِمران ابن حصين أنه قال: قطع عبدٌ لقومٍ فقراء أُذُن عبدٍ لقومٍ أغنياء فاختصموا إلىٰ رسول الله عليه الصلاة والسلام فلم يقضَ بالقصاص، فعُلم أنه

فَيَنْعَدِمُ التَّمَاثُلُ بِالتَّفَاوُتِ فِي القِيمَةِ ، وَهُوَ مَعْلُومٌ قَطْعًا بِتَقْوِيمِ الشَّرْعِ فَأَمْكَنَ اعْتِبَارُهُ. بِخِلَافِ التَّفَاوُتِ فِي البَطْشِ لِأَنَّهُ لَا ضَابِطَ لَهُ فَاعْتُبِرَ أَصْلُهُ، وَبِخِلَافِ الأَنْفُسِ لِأَنَّ المُتْلَفَ إِزْهَاقُ الرُّوحِ وَلَا تَفَاوَتَ

لا قصاصَ في الطرف، فإن قيل: قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ﴾ [المائدة: ٤٥] مطلقٌ يتناول موضع النزاع فيكون حجَّةً عليكم؟ قلنا: قد خصَّ منه الحربيُّ والمستأمن، والنصُّ العام إذا خصَّ منه شيءٌ يجوز تخصيص الباقي بخبَر الواحد، فخصَّصناه بما روينا.

قوله: فَيَنْعَدِمُ التَّمَاثُلُ بِالتَّفَاوُتِ فِي القِيمَةِ، الأصلُ في جريان القصاص فيما دون النفس اعتبار المماثلة في الفعل والمحل المأخوذ بالفعل، لأنَّ المماثلة في ضمان العدوان منصوصٌ عليه فيجب اعتبارها، فإن قيل: التفاوتُ يمنع استيفاء الكامل بالناقص، ولا يمنع استيفاء الناقص بالكامل، فإنَّ اليد الشلاء تقطع بالصحيحة إذا رضيَ صاحب الحقِّ بالنقصان؟ قلنا: شرع القصاص في الأصل يعتمد المساواة، فإن كان النقصان ثابتًا باعتبار الأصل، كنقصان طرف الأنثىٰ والعبد عن طرف الحرِّ والذكر، منع شرع القصاص لانتفاء محله، وإن كان التساوي في الأصل ثابتًا والتفاوت باعتبار أمرٍ عارضٍ، كان القصاص مشروعًا، فيمتنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه إذا رضيَ به صاحب الحقِّ، فإن قيل: يشكل بما إذا قطع عبدٌ يدَ عبدٍ وقيمتهما سواءٌ ومع ذلك لا يجري القصاص عندكم؟ قلنا: لأنَّ طريق معرفة القيمة بالحرز والظن والمماثلة المشروطة شرعًا لا تثبت بطريق الظنِّ والحرز.

قوله: وَهُوَ مَعْلُومٌ قَطْعًا بِتَقْوِيمِ الشَّرْعِ، فإنَّ الشرع قوَّم اليدَ الواحدة للحرِّ بخمس مائة دينارٍ قطعًا ويقينًا، ولا يبلغ قيمة العبد إلىٰ ذلك، ولو بلغت إنَّما يبلغ بالحرز والظنِّ

فِيهِ. (وَيَجِبُ القِصَاصُ فِي الأَطْرَافِ بَيْنَ المُسْلِمِ وَالْكَافِرِ) لِلتَّسَاوِي بَيْنَهُمَا فِي الأَرْشِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ أَوْ جَرَحَهُ جَائِفَةً فَبَرَأَ مِنْهَا فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُمَاثَلَةِ فِيهِ، إِذِ الأَوَّلُ كَسْرُ العَظْمِ وَلَا ضَابِطَ فِيهِ، وَكَذَا البُرْءُ نَادِرٌ فَيُفْضِي الثَّانِي إِلَىٰ الهَلَاكِ ظَاهِرًا.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ يَدُ المَقْطُوعِ صَحِيحَةً وَيَدُ القَاطِعِ شَلَّاءَ أَوْ نَاقِصَةَ الأَصَابِعِ فَالْمَقْطُوعُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَطَعَ اليَدَ المَعِيبَةَ وَلَا شَيْءَ لَهُ غَيْرُهَا وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الأَرْشَ كَامِلًا) لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الحَقِّ كَامِلًا مُتَعَذِّرٌ فَلَهُ أَنْ يَتَجَوَّزَ بِدُونِ حَقِّهِ وَلَهُ أَنْ يَعْدِلَ إِلَىٰ العِوَضِ كَالْمِثْلِيِّ إِذَا انْصَرَمَ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ بَعْدَ الإِتْلَافِ ثُمَّ إِذَا اسْتَوْفَاهَا نَاقِصًا فَقَدْ رَضِيَ بِهِ فَيَسْقُطُ

فلا يكون مساويةً ليد الحر يقينًا، فينعدم التماثل.

قوله: **لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُمَاثَلَةِ فِيهِ**، لأنه ليسَ له حدٌّ معلومٌ، ومن الجائز أن يكون الثاني زائدًا.

قوله: **كَالْمِثْلِيِّ إِذَا انْصَرَمَ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ بَعْدَ الإِتْلَافِ**، يعني لم يبقَ منه إلَّا ناقص الصفة، كان المالك بالخيار إن شاء أخذه ناقصًا، وإن شاء عدل إلى القيمة، كذا هنا، فيسقطُ حقَّه، كما إذا رضي بالرديء مكان الجيِّد، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: يضمنه لأنه قدر على استيفاء البعض دون البعض، فيستوفى ما قدرَ عليه وما تعذَّر استيفاؤه يضمنه، ولنا أنه رضيَ باستيفاء الحقِّ ناقصًا، والفائت كالوصف، والوصف منفرد عن الأصل غير مضمونٍ، فسقط حقه في الوصف.

حَقُّهُ كَمَا إِذَا رَضِيَ بِالرَّدِيءِ مَكَانَ الجَيِّدِ (وَلَوْ سَقَطَتِ المُؤْنَةُ قَبْلَ اخْتِيَارِ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَوْ قُطِعَتْ ظُلْمًا فَلَا شَيْءَ لَهُ) عِنْدَنَا لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَيِّنٌ فِي القِصَاصِ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَىٰ المَالِ بِاخْتِيَارِهِ فَيَسْقُطُ بِفَوَاتِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَتْ بِحَقٍّ عَلَيْهِ مِنْ قِصَاصٍ أَوْ سَرِقَةٍ حَيْثُ يَجِبُ عَلَيْهِ الأَرْشُ لِأَنَّهُ أَوْفَىٰ بِهِ حَقًّا مُسْتَحَقًّا فَصَارَتْ سَالِمَةً لَهُ مَعْنًىٰ.

قَالَ: (وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَاسْتَوْعَبَتِ الشَّجَّةُ مَا بَيْنَ قَرْنَيْهِ وَهِيَ لَا

قوله: فَلَا شَيْءَ لَهُ، عِنْدَنَا، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ له الأرش، لأنَّ عنده المالُ ضمانٌ أصليٌّ كالقود، فإذا تعذَّر استيفاء القود تعيَّن الآخر.

قوله: فَصَارَتْ سَالِمَةً لَهُ مَعْنًى، فإن قيل: يشكلُ بما إذا قطعَ القاطعُ يد نفسه بنفسه، فلا يسقطُ حق المقطوع وإن لم تسلم يد القاطع له معنًى؟ قلنا: إنَّما لم يسقط ثمَّ وإن لم توجد السلامةَ لمعنًى آخر، وهو أنه أتْلَفَ محلًّا تعلَّق به حقُّ الغير فصارت ضامنًا، كما في العبد الرهن إذا أتْلفه الراهن، ونصاب الزكاة إذا أتلفه المالك بعد وجوب الزكاة فلا يكون قادحًا، لِمَا ذكرنا من المعنى.

قوله: وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَاسْتَوْعَبَتِ الشَّجَّةُ مَا بَيْنَ قَرْنَيْهِ، أي ناحيتي رأسه، وهيَ لا تستوعبُ ما بين قرنَي الشَّاج، لكون رأس الشاج أكبَر من رأس المشجوج، فإذا شجَّ ما بين قرنَي الشاج مقدار شجته ويبقىٰ قطعةٌ ممَّا بين قرنيه لا شجَّة فيه، فالمشجوج بالخيار إن شاء اقتصَّ مقدار شجته وإن شاء أخذ الأرش، وحكى الطحاويُّ عن محمد بن العباس الدارمي أنَّ له أن يستوفى ما بين قرنَي الشاج وإن كان أوْسع اعتبارًا باليد فإنَّ الكبيرة تقطعُ بالصغيرة، والجواب أنَّ القصاص في الشجَّة إنَّما يثبت لأجل الشين الذي يتعلَّق بها لا لأجل المنفعة، ولهذا لو برأت وعادت كما كان سقط الضمان، والشين يزداد بزيادة الشجَّة، والقصاص في

تَسْتَوْعِبُ مَا بَيْنَ قَرْنَيِ الشَّاجِّ فَالْمَشْجُوجُ بِالْخِيَارِ، إنْ شَاءَ اقْتَصَّ بِمِقْدَارِ شَجَّتِهِ يَبْتَدِئُ مِنْ أَيِّ الجَانِبَيْنِ شَاءَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الأَرْشَ) لِأَنَّ الشَّجَّةَ مُوجِبَةٌ لِكَوْنِهَا مَشِينَةٌ فَقَطْ فَيَزْدَادُ الشَّيْنُ بِزِيَادَتِهَا، وَفِي اسْتِيفَائِهِ مَا بَيْنَ قَرْنَيِ الشَّاجِّ زِيَادَةٌ عَلَىٰ مَا فَعَلَ، وَلَا يَلْحَقُهُ مِنَ الشَّيْنِ بِاسْتِيفَائِهِ قَدْرَ حَقِّهِ مَا يَلْحَقُ المَشْجُوجَ فَيَنْتَقِصُ فَيُخَيَّرُ كَمَا فِي الشَّلَّاءِ وَالصَّحِيحَةِ، وَفِي عَكْسِهِ يُخَيَّرُ أَيْضًا لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الِاسْتِيفَاءُ كَامِلًا لِلتَّعَدِّي إلَىٰ غَيْرِ حَقِّهِ، وَكَذَا إذَا كَانَتِ الشَّجَّةُ فِي طُولِ الرَّأْسِ وَهِيَ تَأْخُذُ مِنْ جَبْهَتِهِ إلَىٰ قَفَاهُ وَلَا تَبْلُغُ إلَىٰ قَفَا الشَّاجِّ فَهُوَ بِالْخِيَارِ لِأَنَّ المَعْنَىٰ لَا يَخْتَلِفُ.

اليد لتفويت المنفعة، والصغيرة كالكبيرة فيها.

قوله: وَفِي عَكْسِهِ يُخَيَّرُ أَيْضًا، أي لو كان رأس المشجوج أكبَر من رأس الشاج يخير أيضًا، لأنه لو استوفى المشجوجَ مثل حقه في المساحة ممَّا بين قرنَي الشاج كان هذا أزْيَد في الشين من الأول، لأنَّ تلك المساحة لم تأخذ ما بين قرنَي المشجوج لكبر رأسه، وهيَ تأخذ ما بين قرنَي الشاج لصغر رأسه فيزدادُ في الشين وإن اقتصر علىٰ ما يكون مثل الأول في الشين، وإن كان دون حقه في المساحة فيخيِّر، إن شاء أخذ الأرش وإن شاء اقتصر علىٰ ما يكون مثل الأول في الشين وإن كان دونه في المساحة.

قوله: لِلتَّعَدِّي إلَىٰ غَيْرِ حَقِّهِ، أي في مقدار الشين، لا في قدر الشجة، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

قَالَ: (وَلَا قِصَاصَ فِي اللِّسَانِ وَلَا فِي الذَّكَرِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا قُطِعَ مِنْ أَصْلِهِ يَجِبُ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُسَاوَاةِ. وَلَنَا أَنَّهُ يَنْقَبِضُ وَيَنْبَسِطُ فَلَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُسَاوَاةِ (إِلَّا أَنْ تُقْطَعَ الحَشَفَةُ) لِأَنَّ مَوْضِعَ القَطْعِ مَعْلُومٌ كَالْمَفْصِلِ، وَلَوْ قَطَعَ بَعْضَ الحَشَفَةِ أَوْ بَعْضَ الذَّكَرِ فَلَا قِصَاصَ فِيهِ لِأَنَّ البَعْضَ لَا يُعْلَمُ مِقْدَارُهُ، بِخِلَافِ الأُذُنِ إِذَا قُطِعَ كُلُّهُ أَوْ بَعْضُهُ لِأَنَّهُ لَا يَنْقَبِضُ وَلَا يَنْبَسِطُ وَلَهُ حَدٌّ يُعْرَفُ فَيُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُسَاوَاةِ، وَالشَّفَةُ إِذَا اسْتَقْصَاهَا بِالْقَطْعِ يَجِبُ القِصَاصُ لِإِمْكَانِ اعْتِبَارِ المُسَاوَاةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَ بَعْضُهَا لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ اعْتِبَارُهَا.

* * *

فَصْلٌ: [وَإِذَا اصْطَلَحَ القَاتِلُ وَأَوْلِيَاءُ القَتِيلِ عَلَى مَالٍ]

قَالَ: (وَإِذَا اصْطَلَحَ القَاتِلُ وَأَوْلِيَاءُ القَتِيلِ عَلَىٰ مَالٍ سَقَطَ القِصَاصُ وَوَجَبَ المَالُ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ [البقرة: ١٧٨] الآيَةُ عَلَىٰ مَا قِيلَ نَزَلَتِ الآيَةُ فِي الصُّلْحِ.

فصل: [وإذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال]

قوله: نَزَلَتِ الآيَةُ فِي الصُّلْحِ، تقدير الآية علىٰ قول ابن عباس والحسن والضَّحاك ومجاهد رضي الله تعالىٰ عنهم، فمن أعطيَ له، علىٰ سهولةٍ وأريد به ولي القتيل يقال: خذ ما أتاك عفوًا، أي سهلًا، مِنْ أَخِيْهِ، أي من جهة أخيه المقتول، شَيْءٌ، أي شيء من المال بطريق الصلح، ويكره لأنه مجهول القدر فإنه مقدَّرٌ بما تراضيا عليه، فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوْفِ، أي فله اتباع، أي فلوليِّ القتيل اتباع المصالح بالمعروف، أي مطالبة ببدل الصلح علىٰ مجاملة وحسن معاملة، وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ، أي وعلى المصالح أداءٌ إلىٰ وليِّ القتيل بإحسانٍ في الأداء، وقال جماعة: وهو مرويٌّ عن عُمر وابن عباس وابن مسعود رضي الله تعالىٰ عنهم، الآية في عفو بعض الأولياء، ويدلُّ عليه قوله: شَيْءٌ، فإنه يُراد به البعض، وتقديره: فَمَنْ عُفِيَ لَهُ - وهو القاتل - مِنْ أَخِيْهِ - في الدين وهو المقتول - شَيْءٌ - من القصاص، بأن كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم، فقد صار نصيب الباقين مالًا وهو الدية علىٰ حصصهم من الميراث - فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوْفِ - أي فليتبع الذين لم يعفوا القاتلَ بطلب حصصهم، بِالْمَعْرُوْفِ، أي بقدر حقوقهم من غير زيادةٍ - وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ - أي وليؤد

وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ» الحَدِيثُ، وَالْمُرَادُ وَاللهُ أَعْلَمُ الأَخْذُ بِالرِّضَا عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ وَهُوَ الصُّلْحُ بِعَيْنِهِ، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِلْوَرَثَةِ يَجْرِي فِيهِ الإِسْقَاطُ عَفْوًا فَكَذَا تَعْوِيضًا لِاشْتِمَالِهِ عَلَىٰ إِحْسَانِ الأَوْلِيَاءِ وَإِحْيَاءِ القَاتِلِ فَيَجُوزُ بِالتَّرَاضِي. وَالْقَلِيلُ وَالْكَثِيرُ فِيهِ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَصٌّ مُقَدَّرٌ فَيُفَوَّضُ إِلَىٰ اصْطِلَاحِهِمَا كَالْخُلْعِ وَغَيْرِهِ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرُوا حَالًّا وَلَا مُؤَجَّلًا فَهُوَ حَالٌّ لِأَنَّهُ مَالٌ وَاجِبٌ بِالْعَقْدِ، وَالْأَصْلُ فِي أَمْثَالِهِ الحُلُولُ نَحْوُ المَهْرِ وَالثَّمَنِ، بِخِلَافِ الدِّيَةِ لِأَنَّهَا مَا وَجَبَتْ بِالْعَقْدِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ القَاتِلُ حُرًّا وَعَبْدًا فَأَمَرَ الحُرُّ وَمَوْلَىٰ العَبْدِ رَجُلًا بِأَنْ يُصَالِحَ عَنْ دَمِهِمَا عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ فَفَعَلَ فَالأَلْفُ عَلَىٰ الحُرِّ وَالْمَوْلَىٰ نِصْفَانِ) لِأَنَّ عَقْدَ الصُّلْحِ أُضِيفَ إِلَيْهِمَا. (وَإِذَا عَفَا أَحَدُ الشُّرَكَاءِ

القاتل إلىٰ غير العافي حقَّه وافيًا غير ناقصٍ، وأريد بالمصدر في قوله: فاتباعٌ، وأداءٌ إليه، الأمر بهذا الفعل، كما في قوله تعالىٰ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وقوله: «من قُتِلَ له قتيلٌ» الحديث، تمامه: «فأهلُهُ بَيْنَ خيَّرتين، إن شاؤوا تأدَّوا وإن شاؤا أخذوا الدية»، كذا في الأسرار، والمرادُ والله تعالى أعلم الأخذ برضا القاتل، لِمَا بينا أنَّ ليس لوليِّ القتيل العدولُ عن القصاص إلَّا برضا القاتل.

قوله: لِأَنَّ عَقْدَ الصُّلْحِ أُضِيفَ إِلَيْهِمَا، لأنَّ الواجب بدلٌ عن القصاص، والقصاص عليهما على السواء، فيقسم البدلُ عليهما على السواء، كرجلين اشتَريا عبدًا كان الثمن عليهما على السواء، لأنَّ الثمن بدل العبد وقد ملكاه على السواء فبدله كذلك، فإن قيل:

مِنَ الدَّمِ أَوْ صَالَحَ مِنْ نَصِيبِهِ عَلَىٰ عِوَضٍ سَقَطَ حَقُّ البَاقِينَ عَنِ القِصَاصِ وَكَانَ لَهُمْ نُصِيبُهُمْ مِنَ الدِّيَةِ) وَأَصْلُ هٰذَا أَنَّ القِصَاصَ حَقُّ جَمِيعِ الوَرَثَةِ، وَكَذَا الدِّيَةَ خِلَافًا لِمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ فِي الزَّوْجَيْنِ.

يجبُ أن يكون الألف عليهما علىٰ قدر قيمتهما، لأنه بالصلح اشترىٰ كلُّ واحد منهما دمه المستحق لوليِّ القتيل، كمن خالع امرأتيه علىٰ ألفَ درهمٍ تقسم الألف عليهما علىٰ قدر قيمة بضعهما؟ قلنا: الألف بدلُ دم المقتول وهما في إتلافه على السواء، وفي الخلع بدل بعضهما فيقسم علىٰ قيمة بضعهما.

قوله: وَأَصْلُ هٰذَا أَنَّ القِصَاصَ حَقُّ جَمِيعِ الوَرَثَةِ، وَكَذَا الدِّيَةَ خِلَافًا لِمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ، هذا اللفظُ كما ترىٰ يدلُّ علىٰ أنه ليسَ للزوجين حقٌّ في القصاص والدية جميعًا عندهما، وفي المبسوط: ولكلِّ وارثٍ في دم العمد نصيبٌ بميراثه عندنا، وقال مالك رحمه الله تعالىٰ: لا يرث الزوجُ الزوجةَ من الدية شيئًا، وكذا في عامة الكتب التخصيص بالدية، ثمَّ قال في المبسوط: وكذلك ثَبَتَ حقُّ الزوج والزوجة في القصاص عندنا، وعلىٰ قول ابن أبي ليلىٰ لا يثبت حقهما في القصاص، والتخصيص بقول ابن أبي ليلىٰ في الخلاف يؤذن بأن لا خلاف لمالكٍ في القصاص، وفي بعض الفوائد: التنصيص علىٰ خلاف مالك في الدية لا ينافي خلافه في القصاص، بل ينبغي أن يكون له فيه خلاف بالطريق الأولىٰ، لأنَّ الدية مالٌ، والمال ممَّا لا خلافَ فيه أنَّ الزوج والزوجة يرثان، فلمَّا لم يَرَ مالكٌ فيه الإرث فلأَن لا يرىٰ في القصاص لهما بطريق الأَوْلَىٰ، وفي الأسرار: القصاص يستوفيه الرجال والنساء، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: لا حظَّ للنساء في الاستيفاء ولهنَّ حقُّ العفو، لأنَّ المرأةَ ليست من أهل القتل لضعفهنَّ، ولهذا لا تقتلُ الكافرة الأصلية ولا تضرب عليهن الجزيةَ الواجبةَ مكان القتل، فصارت في حقِّ استيفاء القصاص كالصغير وإن كانت كبيرةً ولكنَّها تملك العفو لأنَّها كبيرةٌ كما قلت أنَّ

لَهُمَا أَنَّ الوِرَاثَةَ خِلَافَةٌ وَهِيَ بِالنَّسَبِ دُونَ السَّبَبِ لِانْقِطَاعِهِ بِالْمَوْتِ، وَلَنَا «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَمَرَ بِتَوْرِيثِ امْرَأَةِ أَشْيَمَ الضِّبَابِيِّ مِنْ عَقْلِ زَوْجِهَا أَشْيَمَ» ، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ يَجْرِي فِيهِ الإِرْثُ، حَتَّىٰ أَنَّ مَنْ قُتِلَ وَلَهُ ابْنَانِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا عَنِ ابْنٍ كَانَ القِصَاصُ بَيْنَ الصُّلْبِيِّ وَابْنِ الِابْنِ فَيَثْبُتُ لِسَائِرِ الوَرَثَةِ، وَالزَّوْجِيَّةُ تَبْقَىٰ بَعْدَ المَوْتِ حُكْمًا فِي حَقِّ الإِرْثِ أَوْ يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ مُسْتَنِدًا إِلَىٰ سَبَبِهِ وَهُوَ الجَرْحُ، وَإِذَا ثَبَتَ لِلْجَمِيعِ فَكُلٌّ مِنْهُمْ يَتَمَكَّنُ مِنَ الِاسْتِيفَاءِ وَالْإِسْقَاطِ عَفْوًا وَصُلْحًا

المرأة لا تملك نكاح نفسها وتملك الردَّ إذا أنكحت بغير إذنِها.

قوله: لَهُمَا أَنَّ الوِرَاثَةَ خِلَافَةٌ وَهِيَ بِالنَّسَبِ دُونَ السَّبَبِ لِانْقِطَاعِهِ بِالْمَوْتِ، ولا يقال: هذا التعليلُ يقتضي أن لا يرث الزوجان أحدهما عن الآخر المالَ أيضًا لانقطاع السبب بالموت؟ قلنا: وقعَ عندهما أنَّ الديةَ إنَّما تجبُ بعد الموت، بخلاف سائر الأموال، فإنَّ حق الورثة تعلق بماله في ابتداء مرض الموت، حتَّىٰ نفذ تصرُّفه في ثلث المال لا في الثلثين، وبالموت يتقرَّرُ ما يتعلق بموته فتستوي في إرثه جميع الورثة، وأمَّا الدية فوجوبُها بعد الموت لا غيرُ، وحال وجوبه لم يبق السبب وهو الزوجية، فلذلك لا يرث الزوجان كل واحد منهما من الآخر عندهما، وإنَّا نقول: الدية تجب للميت أوَّلًا ثمَّ تثبت للورثة، ولا تقعُ للميت إلا بأن يستند الوجوبَ إلىٰ سببه وهو الجرح، كمن رمىٰ إلىٰ صيدٍ فماتَ ثمَّ أصابَ السهم الصيد فإنه يورث منه كسائر أمواله لهذا المعنىٰ، ولو أوْصىٰ بثلث ماله يدخلُ فيه الدية أيضًا، ورُوِيَ عن عليٍّ رضي الله تعالىٰ عنه أنَّه كان يقسم الدية علىٰ من أحرز الميراث.

قوله: الضِّبَابِيِّ، بكسر الضاد المعجمة.

وَمِنْ ضَرُورَةِ سُقُوطِ حَقِّ البَعْضِ فِي القِصَاصِ سُقُوطُ حَقِّ البَاقِينَ فِيهِ، لِأَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَتَلَ رَجُلَيْنِ وَعَفَا أَحَدُ الوَلِيَّيْنِ لِأَنَّ الوَاجِبَ هُنَاكَ قِصَاصَانِ مِنْ غَيْرِ شُبْهَةٍ لِاخْتِلَافِ القَتْلِ وَالْمَقْتُولِ وَهَاهُنَا وَاحِدٌ لِاتِّحَادِهِمَا، وَإِذَا سَقَطَ القِصَاصُ يَنْقَلِبُ نَصِيبُ البَاقِينَ مَالًا لِأَنَّهُ امْتَنَعَ لِمَعْنًى رَاجِعٍ إِلَىٰ القَاتِلِ، وَلَيْسَ لِلْعَافِي شَيْءٌ مِنَ المَالِ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ بِفِعْلِهِ وَرِضَاهُ، ثُمَّ يَجِبُ مَا يَجِبُ مِنَ المَالِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وَقَالَ زُفَرُ: يَجِبُ فِي سَنَتَيْنِ فِيمَا إِذَا كَانَ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ وَعَفَا أَحَدُهُمَا، لِأَنَّ الوَاجِبَ نِصْفُ الدِّيَةِ فَيُعْتَبَرُ بِمَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُهُ خَطَأً. وَلَنَا أَنَّ هٰذَا بَعْضُ بَدَلِ الدَّمِ وَكُلُّهُ مُؤَجَّلٌ إِلَىٰ ثَلَاثِ سِنِينَ فَكَذٰلِكَ بَعْضُهُ، وَالْوَاجِبُ فِي اليَدِ كُلُّ بَدَلِ الطَّرَفِ وَهُوَ فِي سَنَتَيْنِ فِي الشَّرْعِ وَيَجِبُ فِي مَالِهِ لِأَنَّهُ عَمْدٌ.

قوله: امْتَنَعَ لِمَعْنًى رَاجِعٍ إِلَى القَاتِلِ، وهو ثبوتُ العصمة للقاتل بعفو البعض من القصاص فيجبُ المال كما في الخطأ، فإنَّ العجز عن القصاص ثمَّ لمعنًى في القاتل وهو كونه خاطئًا، رُوي أنَّ هذه الحادثة وقعت في زمن عُمر رضي الله تعالىٰ عنه فشاورَ فيها ابن مسعود رضي الله عنه فقال: أرىٰ هذا قد أحيا بعض نفسه فليسَ للآخر أن يتلفه، فأمضىٰ عُمر رضي الله تعالىٰ عنه القضاءَ علىٰ وفق رأيِهِ.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: يَجِبُ فِي سَنَتَيْنِ، الثلث في سنةٍ والسدس في سنةٍ.

قوله: وَلَنَا أَنَّ هٰذَا بَعْضُ بَدَلِ الدَّمِ وَكُلُّهُ مُؤَجَّلٌ إِلَىٰ ثَلَاثِ سِنِينَ فَكَذٰلِكَ بَعْضُهُ، هذا كالألف إذا كانت مؤجَّلةً إلىٰ ثلاث سنين كان كلُّ درهم منها مؤجلًا إلىٰ ثلاث سنين.

[قَتَلَ جَمَاعَةٌ وَاحِدًا عَمْدًا]

قَالَ: (وَإِذَا قَتَلَ جَمَاعَةٌ وَاحِدًا عَمْدًا أُقْتُصَّ مِنْ جَمِيعِهِمْ) لِقَوْلِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِيهِ: لَوْ تَمَالأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ، وَلِأَنَّ القَتْلَ بِطَرِيقِ التَّغَالُبِ غَالِبٌ، وَالْقِصَاصُ مَزْجَرَةٌ لِلسُّفَهَاءِ فَيَجِبُ تَحْقِيقًا لِحِكْمَةِ الإِحْيَاءِ. (وَإِذَا قَتَلَ وَاحِدٌ جَمَاعَةً فَحَضَرَ أَوْلِيَاءُ المَقْتُولِينَ قُتِلَ لِجَمَاعَتِهِمْ وَلَا شَيْءَ لَهُمْ غَيْرُ ذٰلِكَ، فَإِنْ حَضَرَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ قُتِلَ لَهُ وَسَقَطَ حَقُّ البَاقِينَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقْتَلُ بِالْأَوَّلِ مِنْهُمْ وَيَجِبُ لِلْبَاقِينَ المَالُ، وَإِنِ اجْتَمَعُوا وَلَمْ يُعْرَفِ الأَوَّلُ قُتِلَ لَهُمْ وَقُسِمَتِ الدِّيَاتُ بَيْنَهُمْ، وَقِيلَ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ فَيُقْتَلُ لِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ. لَهُ أَنَّ المَوْجُودَ مِنَ الوَاحِدِ قِتْلَاتٌ وَالَّذِي تَحَقَّقَ فِي حَقِّهِ قَتْلُ وَاحِدٍ

[قتل جماعة واحدًا عمدًا]

قوله: لَوْ تَمَالأَ ... أَهْلُ صَنْعَاءَ، أي تعاونَ، أصله من الملاء، والممالأة في الأصل المعاونة في الاستقاء من البئر بالدلو، ثمَّ عمَّ فصار مستعملًا في مطلق المعاونة، رُويَ أنَّ سبعةً قتلوا واحدًا بصنعاء فقتلهم عُمر رضي الله تعالىٰ عنه وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم، فإن قيل: ما رُويَ عن عُمر رضي الله تعالىٰ عنه يحتملُ أن يكون بطريق السياسة فكيفَ يصحُّ استدلالكم به علىٰ وجوب القصاص؟ قلنا: القصاصُ واجبٌ بالنصِّ في القتل العمد، وقد وجد من كل واحد منهم قتلٌ، إذ المسئلة فيما إذا جَرَحَ كلُّ واحد منهم جرحًا مزهقًا، بخلاف قطاع الطريق لأنَّ هناك القتل بالمعاونة، فأمَّا ههنا يشترَط الجرح من كلِّ واحد منهم، فإذا كان القصاص ثابتًا بالنصِّ فلا يمكن حمل الأثر على السياسة فيكون معناه بيانًا للمسئلة بالمماثلة وإزالة الشبهة.

فَلَا تَمَاثُلَ، وَهُوَ القِيَاسُ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ، إِلَّا أَنَّهُ عُرِفَ بِالشَّرْعِ. وَلَنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَاتِلٌ بِوَصْفِ الكَمَالِ فَجَاءَ التَّمَاثُلُ أَصْلُهُ الفَصْلُ الأَوَّلُ، إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذٰلِكَ لَمَا وَجَبَ القِصَاصُ،

قوله: وَلَنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ - أي من أولياء القتيل - قَاتِلٌ، أي قصاصًا بوصف الكمال.

قوله: فَجَاءَ التَّمَاثُلُ أَصْلُهُ الفَصْلُ الأَوَّلُ، وهو ما إذا قتلَ جماعةٌ واحدًا فالجماعةُ يقتلون بالواحد بالإجماع، يعني أنَّ الجماعة إذا قتلوا واحدًا اعتبَر كل واحد منهم قاتلًا على الكمال، ولولا هذا لَمَا وجب القصاصُ، فكذا إذا وقع القتلُ جزاءً جعلَ كل واحد منهم مستوفيًا حقه على الكمال، فإن قيل: الفرقُ بينهما ثابتٌ بأنَّا إنَّما أوْجَبنا القصاصَ على الجماعة بقتل الواحد لردِّ غلبة القتل بغير حقٍّ من غير اعتبار المماثلة، وهذا لا يوجد فيما نحنُ فيه؟ قلنا: لا كذلك بل المماثلة مرعية في القصاص، ثمَّ الزيادة في العدد أبلغُ من الزيادة في الوصف، فإذا كان لا يقتل المسلمُ بالمستأمن وعلىٰ قوله بالذميِّ والحرِّ بالعبد لانعدام المماثلة مع الحاجة إلىٰ ردِّ غلبة القتل بغير حقٍّ فلأَن لا تقتل العشرة بالواحد أوْلَىٰ، وكذلك في كلِّ موضعٍ يتعذَّرُ اعتبار المماثلة نحو كسر العظام لا يجبُ القصاص، والحاجة إلىٰ ردِّ غلبة الجناية هنا بغير حقٍّ تتحقَّق، ولكن توهُّم الزيادة يمنع القصاص فتحقُّق الزيادة لِأَن يمنع من ذلك كان أوْلَىٰ، فعرفنا أنه إنَّما يقتل العشرة بالواحد بطريق المماثلة، وبيان ذلك أنَّ القتلَ ممَّا لا يحتمل التجزي، وإذا اشتَرك الجماعة فيما لا يحتمل التجزي فإمَّا أن ينعدم أصلًا أو يتكامل في حقِّ كل واحد منهما كأنه ليسَ معه غيره ولم ينعدم هٰهنا بالاتفاق، فعرفناه أنه تكامل كلُّ واحد منهم قاتلًا بمنزلة الأولياء في التزويج بتكامل الولاية لكلِّ واحد منهم، وفي هذا المعنى القتل الذي هو عدوانٌ والقتل الذي هو جزاءٌ سواءٌ، فإنَّ الأولياء إذا اجتمعوا وقتلوا كان كلُّ واحد منهم قاتلًا بكماله.

وَلِأَنَّهُ وُجِدَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جُرْحٌ صَالِحٌ لِلْإِزْهَاقِ فَيُضَافُ إِلَىٰ كُلٍّ مِنْهُمْ إِذْ هُوَ لَا يَتَجَزَّأُ، وَلِأَنَّ القِصَاصَ شُرِعَ مَعَ المُنَافِي لِتَحْقِيقِ الإِحْيَاءِ وَقَدْ حَصَلَ بِقَتْلِهِ فَاكْتَفَىٰ بِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ القِصَاصُ إِذَا مَاتَ سَقَطَ القِصَاصُ) لِفَوَاتِ مَحِلِّ الِاسْتِيفَاءِ فَأَشْبَهَ مَوْتَ العَبْدِ الجَانِي، وَيَتَأَتَّىٰ فِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ إِذِ الوَاجِبُ أَحَدُهُمَا عِنْدَهُ.

قَالَ: (وَإِذَا قَطَعَ رَجُلَانِ يَدَ رَجُلٍ وَاحِدٍ فَلَا قِصَاصَ عَلَىٰ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَعَلَيْهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُقْطَعُ يَدَاهُمَا، وَالْمَفْرُوضُ إِذَا أَخَذَ سِكِّينًا وَأَمَرَّهُ عَلَىٰ يَدِهِ حَتَّىٰ انْقَطَعَتْ لَهُ الِاعْتِبَارُ بِالْأَنْفُسِ،

قوله: وَلِأَنَّهُ وُجِدَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جُرْحٌ، أي من كلِّ واحد من الأولياء، وذلك لأنَّهم لمَّا حضروا وقضى القاضي إمَّا أن يستوفوا بأنفسهم جميعًا، أو يوكل بعضهم بعضًا في حقِّه أو يوكلوا غيرهم، فيكون فعل الوكيل كفعل الموكل فيكون الجرح الصالح للانزهاق موجودًا من كل واحدٍ.

قوله: شُرِعَ مَعَ المُنَافِي، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «الآدمي بنيان الربِّ».

قوله: وَالْمُفْرِضُ إِذَا أَخَذَ سِكِّينًا وَأَمَرَّهُ عَلَىٰ يَدِهِ حَتَّى انْقَطَعَتْ لَهُ الِاعْتِبَارُ، أي صورة المسئلة المختلف فيها بيننا وبين الشافعي رحمه الله تعالىٰ فيما إذا أخذا سكينًا واحدًا ووضعاه في جانبٍ واحدٍ من يده وأمرَّاه على مفصل يده حتَّىٰ أبانا يده، أمَّا لو وضع أحدهما السكينَ من جانبٍ والآخر من جانب آخر وأمرًا حتَّى التقى السكينان لا يجبُ القصاص عنده أيضًا، وهذا بخلاف النفس فإنه إذا وضعَ أحدهما السكين علىٰ حلقه

وَالْأَيْدِي تَابِعَةٌ لَهَا فَأَخَذَتْ حُكْمَهَا، أَوْ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا بِجَامِعِ الزَّجْرِ. وَلَنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَاطِعٌ بَعْضَ الْيَدِ، لِأَنَّ الِانْقِطَاعَ حَصَلَ بِاعْتِمَادَيْهِمَا وَالْمَحَلُّ مُتَجَزِّئٌ فَيُضَافُ إِلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَعْضُ فَلَا مُمَاثَلَةَ، بِخِلَافِ النَّفْسِ لِأَنَّ الِانْزِهَاقَ لَا يَتَجَزَّأُ، وَلِأَنَّ الْقَتْلَ بِطَرِيقِ الِاجْتِمَاعِ غَالِبٌ حَذَارِ الْغَوْثِ، وَالِاجْتِمَاعُ عَلَىٰ قَطْعِ الْيَدِ مِنَ الْمِفْصَلِ فِي حَيِّزِ النُّدْرَةِ لِافْتِقَارِهِ إِلَىٰ مُقَدَّمَاتٍ بَطِيئَةٍ فَيَلْحَقُهُ الْغَوْثُ.

قَالَ: (وَعَلَيْهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ) لِأَنَّهُ دِيَةُ الْيَدِ الْوَاحِدَةِ وَهُمَا قَطَعَاهَا. (وَإِنْ قَطَعَ وَاحِدٌ يَمِينَيْ رَجُلَيْنِ فَحَضَرَا فَلَهُمَا أَنْ يَقْطَعَا يَدَهُ وَيَأْخُذَا

والآخر علىٰ قفاه وأمرًا حتى التقى السكينان يجبُ القصاص عليهما، لأنَّ القتلَ إزهاقٌ للحياة وهو لا يحتملُ الوصفَ بالتجزِّي فيضافُ إلىٰ كلِّ واحد منهما كملًا.

قوله: وَلَنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَاطِعٌ بَعْضَ الْيَدِ، لأنَّ القطعَ هو الفصلُ بين المتصلين، ونحن نتيقن أنَّ الفصلَ هنا بقوَّة كلِّ واحدٍ منهما، وإنَّ ما انقطعَ بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر، ولا معتبَر بإمرار كلِّ واحد منهما السكين علىٰ جميع العضو، لأنَّ إمرار السكين من غير قطعٍ به وجوده كعدمه، فيكون كلُّ واحد منهما قاطعًا بعض اليد فلا تقطعُ جميع يده بقطعه بعض اليد لاشتِراط التَّماثُل، والقياس في النفس هكذا، وإنَّما تركناه بالأثر والإجماع وهذا ليسَ في معناها حتَّىٰ يلحق بِها لأنَّ الفعل في النفس لا يوصف بالتجزي، لأنَّه تصرُّفٌ في الروح، ولا يتصوَّر انزهاق بعضه دون البعض، فأضيفَ إلىٰ كل واحد كملًا ضرورةَ عدم التجزِّي، أمَّا الفعل في الطرف فيوصف بالتجزي، ألا ترىٰ أنه يتحقَّق أن يقطع بعض اليد ويترُك ما بقي فيجعلُ كلُّ واحد منهما قاطعًا للبعض.

قوله: وَإِنْ قَطَعَ وَاحِدٌ يَمِينَيْ رَجُلَيْنِ، إنَّما قيَّد بيمنى رجلين لأنه لو قطع يمين رجل

مِنْهُ نِصْفَ الدِّيَةِ يَقْسِمَانِهِ نِصْفَيْنِ سَوَاءٌ قَطَعَهُمَا مَعًا أَوْ عَلَىٰ التَّعَاقُبِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِي التَّعَاقُبِ يُقْطَعُ بِالْأَوَّلِ، وَفِي القِرَانِ يُقْرَعُ لِأَنَّ اليَدَ اسْتَحَقَّهَا الأَوَّلُ فَلَا يَثْبُتُ الِاسْتِحْقَاقُ فِيهَا لِلثَّانِي كَالرَّهْنِ بَعْدَ الرَّهْنِ، وَفِي القِرَانِ اليَدُ الوَاحِدَةُ لَا تَفِي بِالْحَقَّيْنِ فَتُرَجَّحُ بِالْقُرْعَةِ. وَلَنَا أَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي حُكْمِهِ كَالْغَرِيمَيْنِ فِي التَّرِكَةِ، وَالْقِصَاصُ مِلْكُ الفِعْلِ يَثْبُتُ مَعَ المُنَافِي فَلَا يَظْهَرُ إِلَّا فِي حَقِّ الِاسْتِيفَاءِ. أَمَّا المَحِلُّ فَخُلُوٌّ عَنْهُ فَلَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الثَّانِي، بِخِلَافِ الرَّهْنِ لِأَنَّ الحَقَّ ثَابِتٌ فِي المَحَلِّ. فَصَارَ كَمَا إِذَا قَطَعَ العَبْدُ يَمِينَيْهِمَا عَلَىٰ التَّعَاقُبِ فَتُسْتَحَقُّ رَقَبَتُهُ لَهُمَا، وَإِنْ حَضَرَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا فَقَطَعَ يَدَهُ

ويسار آخر يقطع يداه لهما، وكذلك إذا قطعهما من واحدٍ.

قوله: كَالرَّهْنِ بَعْدَ الرَّهْنِ، رهنَ شيئًا من إنسانٍ وسلمه إليه ثمَّ رهنه من آخر لم يصحَّ الثاني.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ، وهو القطعُ المحسوس وكونه مشغولًا بحقِّ الأول لا يمنع تقرُّر السبب في حقِّ الثاني فلا يمنع ثبوت حكمه، ألا ترىٰ أنَّ ملك المولىٰ في عبده لا يمنعُ وجوب القصاص عليه إذا تقرَّر سببه والحقُّ دون الملك.

قوله: وَالْقِصَاصُ مِلْكُ الفِعْلِ، يعني أنَّ القصاصَ عبارةٌ عن إطلاق الفعل، والإطلاق في الفعل لا يقتضي حقًّا في المحلِّ كما في الاصطياد والاحتشاش، فإنَّ الفعل مملوكٌ والمحلُّ خلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني، بخلاف الرهن لأنه لثبوت يد الاستيفاء حكمًا، فإذا ثَبَتَ للأوَّل استحالَ ثبوته للثاني كما في الاستيفاء الحقيقي.

فَلِلْآخَرِ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ، لِأَنَّ لِلْحَاضِرِ أَنْ يَسْتَوْفِيَ لِثُبُوتِ حَقِّهِ وَتَرَدُّدِ حَقِّ الغَائِبِ، وَإِذَا اسْتَوْفَىٰ لَمْ يَبْقَ مَحِلُّ الِاسْتِيفَاءِ فَيَتَعَيَّنُ حَقُّ الآخَرِ فِي الدِّيَةِ لِأَنَّهُ أَوْفَىٰ بِهِ حَقًّا مُسْتَحَقًّا.

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ العَبْدُ بِقَتْلِ العَمْدِ لَزِمَهُ القَوَدُ) وَقَالَ زُفَرُ: لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ لِأَنَّهُ يُلَاقِي حَقَّ المَوْلَىٰ بِالْإِبْطَالِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِالْمَالِ.

قوله: لِثُبُوتِ حَقِّهِ وَتَرَدُّدِ حَقِّ الغَائِبِ، يعني أنَّ حقَّه ثابتٌ في اليد، ومزاحمة الآخر له في الاستيفاء موهومٌ، عسىٰ أن يعفو وعسىٰ أن لا يحضر، فلا يرد الاستيفاء المعلوم بمكان الموهوم، كأحد الشفيعين إذا ادَّعى الشفعة والآخر غائبٌ يقضىٰ بالجميع له لهذا المعنىٰ.

قوله: لِأَنَّهُ أَوْفَىٰ بِهِ حَقًّا مُسْتَحَقًّا، يعني أنه قضىٰ بجميع طرفه حقًّا مستحقًّا عليه فيقضىٰ للآخر بالأرش، بخلاف النفس فإنَّ هناك لو استوفى أحدهما القصاصَ ثمَّ حضر الآخرُ لا يقضىٰ له بشيء، لأنَّ حقه في الاستيفاء فاتَ بغيبته، فإنَّهما إذا اجتمعا واستوفيا صار كلُّ واحد منهما مستوفيًا على الكمال فلا يجبُ معه الديةُ، وليسَ في الطرف الواحد وفاءٌ بحقِّهما فإنَّمَا تعذَّر على الثانِي الاستيفاء بقضائه بطرفه حقًّا مستحقًّا عليه، توضيحه أنَّ في النفس وإن قضىٰ بِها حقًّا مستحقًّا لا يمكنُ جعلها سالمةً له بعد موته فلا يمكنُ نصيبه عليه بعد ما فاتَ، وفي الطرف يمكن أن يجعل كالسالم له وأن يقوم عليه ذلك حين قضىٰ حقًّا مستحقًّا عليه، لأنه كالحابس لطرفه حكمًا فلهذا يقضى للثانِي بالأرش.

قوله: وَإِذَا أَقَرَّ العَبْدُ بِقَتْلِ العَمْدِ لَزِمَهُ القَوَدُ، قيَّد بالعمد لأنه لو أقرَّ العبد بقتل الخطأ لا يجوز، سواءٌ كان مأذونًا أو محجورًا، وفي باب إقرار المحجور والمملوك من إقرار المبسوط: ولا يجوز إقرار العبد التاجر للأجنبيِّ بجنايةٍ ليسَ فيها قصاصٌ، لأنَّ

وَلَنَا أَنَّهُ غَيْرُ مُتَّهَمٍ فِيهِ لِأَنَّهُ مُضِرٌّ بِهِ فَيُقْبَلُ، وَلِأَنَّ الْعَبْدَ مُبْقًى عَلَىٰ أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِ عَمَلًا بِالْآدَمِيَّةِ حَتَّىٰ لَا يَصِحَّ إِقْرَارُ الْمَوْلَىٰ عَلَيْهِ بِالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ، وَبُطْلَانُ حَقِّ الْمَوْلَىٰ بِطَرِيقِ الضِّمْنِ فَلَا يُبَالَىٰ بِهِ. (وَمَنْ رَمَىٰ رَجُلًا عَمْدًا فَنَفَذَ السَّهْمُ مِنْهُ إِلَىٰ آخَرَ فَمَاتَا فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ لِلْأَوَّلِ وَالدِّيَةُ لِلثَّانِي عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ) لِأَنَّ الْأَوَّلَ عَمْدٌ وَالثَّانِي أَحَدُ نَوْعَيِ الْخَطَأِ، كَأَنَّهُ رَمَىٰ إِلَىٰ صَيْدٍ فَأَصَابَ آدَمِيًّا وَالْفِعْلُ يَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِ الْأَثَرِ.

هذا ليسَ من التجارة، والإذنُ فكُّ الحجر عنه في التجارة، ففيما ليسَ بتجارة المأذون والمحجور سواءٌ، لأنه يضرُّ علىٰ مولاه، فإنَّ جناية العبد لا توجبُ عليه شيئًا، بل وجب علىٰ مولاه الدفع أو الفداء، وإقرار العبد علىٰ مولاه باطلٌ، وإذا أقرَّ بقتل عمدٍ جاز إقراره وعليه القصاص، لأنه يضرُّ به علىٰ نفسه فإنَّ المستحق بالقصاص دمه وهو في حكم الدم مبقًى علىٰ أصل الحرية، ولأنَّ المولىٰ لا يملك الإقرار، وفيما لا يملكه المولىٰ علىٰ عبده فالعبدُ بمنزلة الحرِّ، كطلاق زوجته يصحُّ إقراره به كما يصحُّ إيقاعه، وكذلك إذا أقرَّ علىٰ نفسه بسببٍ موجبٍ للحدِّ.

قوله: وَالْفِعْلُ يَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِ الْأَثَرِ، لأنَّ الرميَ الواحدَ جاز أن يتعدَّد بتعدد آثاره، فإنَّ الإنسان إذا أرْسَل سهمًا يُسمَّىٰ رميًا، وإذا مزق جلد حيوانٍ ولم يمت يُسمَّىٰ جرحًا، وإذا أصابَ وماتَ يُسَمَّىٰ قتلًا، وإذا أصاب كوزًا وفرَّق تركيبه يُسمَّىٰ كسرًا، وإذا نفذَ السهم إلىٰ غير المرمي إليه صارَ بمنزلة فعلٍ آخر وهو فيه مُخطئٌ فيجبُ الدية.

فَصْلٌ: [بَيَان حُكْمِ الفِعْلَيْنِ فِي الجِنَايَات]

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خطأً ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا قَبْلَ أَنْ تَبْرَأَ يَدُهُ أَوْ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا ثُمَّ قَتَلَهُ خطأً أَوْ قَطَعَ يَدَهُ خطأً فَبَرِئَتْ يَدُهُ ثُمَّ قَتَلَهُ خطأً

فصل: [بيان حكم الفعل في الجنايات]

قوله: وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خطأً ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا، إلىٰ آخره، اعلم أنه لا يخلو القطع والقتل من أن يتخلل بينهما برءٌ أو لا، فإن تخلَّل بينهما برءٌ يعتبَر كل فعل ويؤخذ بموجب الفعلين، لأنَّ موجب الأوَّل قد تقرَّر بالبُرء فلا يدخلُ أحدهما في الآخر، حتَّىٰ لو كانا عمدين فللوليِّ القطعُ والقتل، وإن كانا خطأين يجبُ ديةً ونصف ديةٍ، وإن كان أحدهما عمدًا والآخر خطأً، فإن كان القطع عمدًا والقتل خطأً يجبُ في اليد القود وفي النفس الدية، وإن كان القطع خطأً والقتل عمدًا يجب في اليد نصف الدية وفي النفس القود، وإن لم يتخلَّل بينهما برءٌ فإن كان أحدهما عمدًا والآخر خطأً يعتبَر كل فعل علىٰ حدةً، فيجب في الخطأ الدية وفي العمد القود، وإن كانا خطأين يعتبَر الكلَّ جنايةً واحدةً اتفاقًا، فيجب ديةً واحدةً، وإن كانا عمدين فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ يقتل ولا تقطع، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ للوليِّ الخيارُ، إن شاءَ قطع وقتل وإن شاء قتل، ولا يعتبَر اتحاد المجلس وهو الظاهر، ورُوِيَ عن نضر بن سلام أنه كان يقول: الخلافُ فيما إذا قطعَ يده في مجلسٍ وقتله في مجلسٍ آخر، أمَّا إذا وجدا في مجلسٍ واحدٍ يقتل ولا تقطع يده عندهم، ويجعل الجنايتان بسبب اتحاد المجلس جنايةً واحدةً.

أَوْ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا فَبَرَأَتْ ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِالْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا) وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الجَمْعَ بَيْنَ الجِرَاحَاتِ وَاجِبٌ مَا أَمْكَنَ تَتْمِيمًا لِلْأَوَّلِ، لِأَنَّ القَتْلَ فِي الأَعَمِّ يَقَعُ بِضَرَبَاتٍ مُتَعَاقِبَةٍ، وَفِي اعْتِبَارِ كُلِّ ضَرْبَةٍ بِنَفْسِهَا بَعْضُ الحَرَجِ، إِلَّا أَنْ لَا يُمْكِنَ الجَمْعُ فَيُعْطَىٰ كُلُّ وَاحِدٍ حُكْمَ نَفْسِهِ، وَقَدْ تَعَذَّرَ الجَمْعُ فِي هٰذِهِ الفُصُولِ فِي الأَوَّلَيْنِ لِاخْتِلَافِ حُكْمِ الفِعْلَيْنِ، وَفِي الآخَرَيْنِ لِتَخَلُّلِ البُرْءِ وَهُوَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ، حَتَّىٰ لَوْ لَمْ يَتَخَلَّلْ وَقَدْ تَجَانَسَا بِأَنْ كَانَا خَطَأَيْنِ يَجْمَعُ بِالْإِجْمَاعِ لِإِمْكَانِ الجَمْعِ وَاكْتَفَىٰ بِدِيَةٍ وَاحِدَةٍ (وَإِنْ كَانَ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا قَبْلَ أَنْ تَبْرَأَ يَدُهُ، فَإِنْ شَاءَ الإِمَامُ قَالَ: اقْطَعُوهُ ثُمَّ اقْتُلُوهُ، وَإِنْ شَاءَ قَالَ: اُقْتُلُوهُ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يُقْتَلُ وَلَا تُقْطَعُ يَدُهُ لِأَنَّ الجَمْعَ مُمْكِنٌ لِتَجَانُسِ الفِعْلَيْنِ وَعَدَمِ تَخَلُّلِ البُرْءِ فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا. وَلَهُ أَنَّ الجَمْعَ مُتَعَذِّرٌ، إِمَّا لِلِاخْتِلَافِ

قوله: فَإِنْ شَاءَ الإِمَامُ قَالَ: اقْطَعُوهُ ثُمَّ اُقْتُلُوهُ، وَإِنْ شَاءَ قَالَ: اُقْتُلُوهُ، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: أشارَ ههنا إلىٰ أنَّ الخيارَ إلى الإمام عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ يعيِّن أيُّهما شاء، قال رحمه الله تعالىٰ: وليسَ كذلك، بل الخيارُ للوليِّ، لأنَّ القصاصَ حقه وإنَّما الخيار للإمام في فصل قطاع الطريق عنده إذا قتلوا وأخذوا المالَ، كذا في الأسرار وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي.

قوله: وَلَهُ أَنَّ الجَمْعَ مُتَعَذِّرٌ، للاختلاف بين الفعلين، إذ الطرف يسلكُ به مسلك الأموال، بخلاف النفس.

بَيْنَ الفِعْلَيْنِ هٰذَيْنِ لِأَنَّ المُوجِبَ القَوَدُ وَهُوَ يَعْتَمِدُ المُسَاوَاةَ فِي الفِعْلِ وَذٰلِكَ بِأَنْ يَكُونَ القَتْلُ بِالْقَتْلِ وَالْقَطْعُ بِالْقَطْعِ وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ، أَوْ لِأَنَّ الحَزَّ يَقْطَعُ إِضَافَةَ السِّرَايَةِ إِلَىٰ القَطْعِ، حَتَّىٰ لَوْ صَدَرَ مِنْ شَخْصَيْنِ يَجِبُ القَوَدُ عَلَىٰ الحَازِّ فَصَارَ كَتَخَلُّلِ البُرْءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَطَعَ وَسَرَىٰ لِأَنَّ الفِعْلَ وَاحِدٌ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا خَطَأَيْنِ لِأَنَّ المُوجَبَ الدِّيَةُ وَهِيَ بَدَلُ النَّفْسِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ المُسَاوَاةِ، وَلِأَنَّ أَرْشَ اليَدِ إِنَّمَا يَجِبُ عِنْدَ اسْتِحْكَامِ أَثَرِ الفِعْلِ وَذٰلِكَ بِالْحَزِّ القَاطِعِ لِلسِّرَايَةِ فَيَجْتَمِعُ ضَمَانُ الكُلِّ وَضَمَانُ الجُزْءِ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَا يَجْتَمِعَانِ.

قوله: وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ، أي القود يعتبَر المساواةَ في الفعل، وذلك يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع، وحصول المساواة متعذِّر في الجمع.

قوله: أَوْ لِأَنَّ الحَزَّ يَقْطَعُ إِضَافَةَ السِّرَايَةِ إِلَى القَطْعِ، لأنَّ المحلَّ يفوتُ به ولا يتصوَّر السرايةَ بعد فوت المحلِّ، حتَّىٰ لو صدر القطع والحزُّ من شخصين يجبُ القود على الحاز دون القاطع، ولو لم يكن الحز قاطعًا لسراية القطع لوجبَ القود عليهما، فصار كتخلُّل البُرء، بخلاف ما إذا قطع وسرىٰ حيث يكتفىٰ بالقتل لأنَّ الفعل واحدٌ، وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأنَّ الموجب الدية وهيَ بدل النفس من غير اعتبار المساواة، بدليل أنَّ عشرة لو قتلوا رجلًا خطأً يجب عليهم ديةٌ واحدةٌ وإن تعدَّد الفعلُ لاتحاد المحلِّ، وإن قتلوا رجلًا عمدًا قتلوا جميعًا به، لأنَّ القصاص جزاء الفعل فيتعدَّد بتعدُّد الفعل.

قوله: وَلِأَنَّ أَرْشَ اليَدِ إِنَّمَا يَجِبُ عِنْدَ اسْتِحْكَامِ أَثَرِ الفِعْلِ، أرش الجراحة لا يتقرَّر إلا عند تقرُّر حالها بالبَرء، وههنا إنَّما يتقرَّر حال القطع بالحزِّ لأنه قاطعٌ للسراية،

أَمَّا القَطْعُ وَالْقَتْلُ قِصَاصًا يَجْتَمِعَانِ.

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا مِائَةَ سَوْطٍ فَبَرَأَ مِنْ تِسْعِينَ وَمَاتَ مِنْ عَشَرَةٍ فَفِيهِ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّهُ لَمَّا بَرَأَ مِنْهَا لَا تَبْقَىٰ مُعْتَبَرَةً فِي حَقِّ الأَرْشِ وَإِنْ بَقِيَتْ مُعْتَبَرَةً فِي حَقِّ التَّعْزِيرِ فَبَقِيَ الِاعْتِبَارُ لِلْعَشَرَةِ، وَكَذٰلِكَ كُلُّ جِرَاحَةٍ انْدَمَلَتْ وَلَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ عَلَىٰ أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ-. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي مِثْلِهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ تَجِبُ أُجْرَةُ الطَّبِيبِ (وَإِنْ ضَرَبَ رَجُلًا مِائَةَ سَوْطٍ وَجَرَحَتْهُ وَبَقِيَ لَهُ أَثَرٌ تَجِبُ حُكُومَةُ العَدْلِ) لِبَقَاءِ الأَثَرِ وَالْأَرْشِ إِنَّمَا يَجِبُ بِاعْتِبَارِ الأَثَرِ فِي النَّفْسِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ فَعَفَا المَقْطُوعَةُ يَدُهُ عَنِ القَطْعِ ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذٰلِكَ فَعَلَىٰ القَاطِعِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ، وَإِنْ عَفَا عَنِ القَطْعِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذٰلِكَ فَهُوَ عَفْوٌ عَنِ النَّفْسِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ خَطأً فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَهُوَ مِنْ جَمِيعِ المَالِ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ

وعند الحزِّ لو وَجَب دية اليد يجتمع ضمان الكل والجزء في حالةٍ واحدةٍ، ولا يجتمعان إجماعًا في حالةٍ واحدةٍ.

قوله: وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا، إلخ، معنىٰ هذا ضربه تسعين في موضعٍ وعشرةً في موضعٍ آخر فبَرأ موضع التسعين وسرى العشرة، قالوا هذا إذا برأ من تسعين ولم يبقَ لها أثرٌ أصلًا، فإن بقي لها أثرٌ ينبغي أن يجبُ عليه حكومة العدل للأسواط وديةٌ للقتل، وتفسير حكومة العدل أنه لو كان عبدًا مجروحًا بِهذا كم قيمته وبدون الجراحة كم قيمته؟ فيضمنُ التفاوت

اللهُ -، وَقَالَا: إِذَا عَفَا عَنِ القَطْعِ فَهُوَ عَفْوٌ عَنِ النَّفْسِ أَيْضًا، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا عَفَا عَنِ الشَّجَّةِ ثُمَّ سَرَىٰ إِلَىٰ النَّفْسِ وَمَاتَ، لَهُمَا أَنَّ العَفْوَ عَنِ القَطْعِ عَفْوٌ عَنْ مُوجِبِهِ، وَمُوجِبُهُ القَطْعُ لَوِ اقْتَصَرَ أَوِ القَتْلُ إِذَا سَرَىٰ، فَكَانَ العَفْوُ عَنْهُ عَفْوًا عَنْ أَحَدِ مُوجِبَيْهِ أَيُّهُمَا كَانَ، وَلِأَنَّ اسْمَ القَطْعِ يَتَنَاوَلُ السَّارِيَ وَالْمُقْتَصَرَ فَيَكُونُ العَفْوُ عَنْ قَطْعٍ عَفْوًا عَنْ نَوْعَيْهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا عَفَا عَنِ الجِنَايَةِ فَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ الجِنَايَةَ السَّارِيَةَ وَالْمُقْتَصِرَةَ. كَذَا هٰذَا. وَلَهُ أَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ قَتْلُ نَفْسٍ مَعْصُومَةٍ مُتَقَوِّمَةٍ ....

الذي بينهما في الحرِّ من الدية وفي العبد من القيمة.

قوله: لَهُمَا أَنَّ العَفْوَ عَنِ القَطْعِ عَفْوٌ عَنْ مُوجِبِهِ، لأنَّ نفس الفعل لا يحتملُ العفوَ لأنه عرضٌ كما وجدَ يتلاشىٰ فيكونُ المراد موجبه، وموجبه نوعان: القطعُ إذا اقتصرَ والقتلُ إذا سرىٰ فيكون عفوًا عنهما، كما لو قال: أبرأتكَ عن الغصب يكون ذلك إبراءً عن الضمان الواجب، وهو ردُّ العين عند قيامه وردُّ القيمة بعد هلاكه، وكذلك المشتَري إذا أبرأ البائعَ عن العيب يكون إبراءً عن موجبه، وهو الردُّ عند الإمكان والرجوعُ بالنقصان عند التعذُّر.

قوله: وَلِأَنَّ اسْمَ القَطْعِ - إذنٌ - يَتَنَاوَلُ السَّارِيَ وَالْمُقْتَصَرَ، ألا ترىٰ أنَّ الإذن بالقطع إذن به وبما يحدث منه، حتَّىٰ إنَّ من قال لآخر: اقطع يدي، فقطَعَها ثمَّ سرىٰ إلى النفس لم يضمن، فإذا جُعِل الإذنُ بالقطع إذنًا له وبما يحدث منه فكذا العفو عن القطع، لأنَّ العفوَ في الانتهاء كالإذن في الابتداء.

وَالْعَفْوُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ بِصَرِيحِهِ لِأَنَّهُ عَفَا عَنِ القَطْعِ وَهُوَ غَيْرُ القَتْلِ، وَبِالسِّرَايَةِ تَبَيَّنَ أَنَّ الوَاقِعَ قَتْلٌ وَحَقُّهُ فِيهِ وَنَحْنُ نُوجِبُ ضَمَانَهُ. وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ القِصَاصُ وَهُوَ القِيَاسُ لِأَنَّهُ هُوَ المُوجِبُ لِلْعَمْدِ، إِلَّا أَنَّ فِي الِاسْتِحْسَانِ تَجِبُ الدِّيَةُ، لِأَنَّ صُورَةَ العَفْوِ أَوْرَثَتْ شُبْهَةً وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْقَوَدِ. وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ السَّارِيَ نَوْعٌ مِنَ القَطْعِ، وَأَنَّ السِّرَايَةَ صِفَةٌ لَهُ، بَلِ السَّارِي قَتْلٌ مِنَ الِابْتِدَاءِ، وَكَذَا لَا مُوجِبَ لَهُ مِنْ حَيْثُ كَوْنِهِ قَطْعًا فَلَا يَتَنَاوَلُهُ العَفْوُ، بِخِلَافِ العَفْوِ عَنِ الجِنَايَةِ لِأَنَّهُ اسْمُ جِنْسٍ، وَبِخِلَافِ العَفْوِ عَنِ الشَّجَّةِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِي العَفْوِ عَنِ السِّرَايَةِ وَالْقَتْلِ، وَلَوْ كَانَ القَطْعُ خَطأً فَقَدْ أَجْرَاهُ مَجْرَىٰ

قوله: وَالْعَفْوُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ بِصَرِيحِهِ، كما لو قال: لا قطعَ لي قبلَ فلانٍ فلأنَّه لا يوجب البَراءةَ عن النفس.

قوله: بَلِ السَّارِي قَتْلٌ مِنَ الِابْتِدَاءِ، لأنَّ القتلَ فعلٌ مزهقٌ للروح، ولمَّا انزهقَ الروحَ عقيب هذا الفعل عرفنا أنه كان قتلًا.

قوله: وَكَذَا لَا مُوجِبَ لَهُ - أي للساري - مِنْ حَيْثُ كَوْنِهِ قَطْعًا، وهذا لأنَّ موجب القطع ما شُرِع في ضمان الطرف، فأمَّا الواجب في النفس فليسَ بموجب القطع بل هو موجب القتل، وبالسراية تبيَّن أنه حقه في موجب النفس دون موجب الطرف، فظهرَ أنَّه عفا عن غير حقِّه فبطلَ عفوه إذ العفو إسقاط الحق فيبطل إذا صادفَ ما ليسَ بحقه، وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنَّ في الاستحسان تجبُ الدية، لأنَّ صورةَ العفو أوْرَثت شبهةً وهيَ دارئةٌ للقود.

الْعَمْدِ فِي هَٰذِهِ الْوُجُوهِ وِفَاقًا وَخِلَافًا، آذَنَ بِذَٰلِكَ إِطْلَاقَهُ، إِلَّا أَنَّهُ إِنْ كَانَ خَطَأً فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَهُوَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، لِأَنَّ مُوجِبَ الْعَمْدِ الْقَوَدُ وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ الْوَرَثَةِ لِمَا أَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَوْصَىٰ بِإِعَارَةِ أَرْضِهِ ....

قوله: وِفَاقًا، أي إذا قالَ: عفوتُ عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه، وَخِلَافًا، إذا قال عفوتُ عن القطع.

قوله: آذَنَ بِذَٰلِكَ إِطْلَاقَهُ، وهو قوله: وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ فَعَفَا الْمَقْطُوعَةُ يَدُهُ، ذكر القطع مطلقًا من غير وصف العمد والخطأ، فإن قيل: الوضعُ في قتل العمد بدليل قوله: فعلى القاطع الدية في ماله فلا يكون مطلقًا؟ قلنا: الوضعُ مطلقٌ، وقوله: فعلى القاطع الدية في ماله جوابٌ لأحد نوعيه، أي عليه الدية في ماله إن كان عمدًا.

قوله: وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَهُوَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، أي يسقطُ القصاص من جميع المال في العمد، حتَّىٰ لو كانت الدية زائدةً على الثلث لا ينقلبُ شيء من القصاص مالًا، لأنَّ المنحصر في الثلث التبرُّع بالمال والقصاص ليسَ بمالٍ.

قوله: وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ الْوَرَثَةِ، فإن قيل: القصاصُ يورثُ فكيفَ لا يتعلَّقُ به حقُّهم؟ قلنا: حقُّ الورثة إنَّما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت إلَّا عند عدم الأصل، والقياسُ في المال أن لا يظهر حقهم إلا بعد موت المورث إلا أنه ثَبَتَ ذلك شرعًا، قال عليه الصلاة والسلام: «إنَّك أن تدَعَ ورثتَكَ أغنياءَ خيرٌ من أن تَدَعهُمْ عالةً يتكفَّفون النَّاسَ» الغنى بالمال يكون، ولا ذلك إلَّا بتعلق حقهم بما يتعلق الغنىٰ به بعد موته، أمَّا القصاص فليس بمالٍ لأنه ليسَ إلا بمجرَّد انتقام وتشفي صدرٍ فلا يتعلَّق حقُّهم به.

قوله: كَمَا إِذَا أَوْصَىٰ بِإِعَارَةِ أَرْضِهِ، أي كما لو أعارَ أرضه في مرض موته وانتفعَ

أَمَّا الخَطَأُ فَمُوجِبُهُ المَالُ، وَحَقُّ الوَرَثَةِ يَتَعَلَّقُ بِهِ فَيُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ.

قَالَ: (وَإِذَا قَطَعَتِ المَرْأَةُ يَدَ رَجُلٍ فَتَزَوَّجَهَا عَلَىٰ يَدِهِ ثُمَّ مَاتَ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا، وَعَلَىٰ عَاقِلَتِهَا الدِّيَةُ إنْ كَانَ خَطَأً، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَفِي مَالِهَا)

بِها المستعيرُ ثمَّ ماتَ المعيرُ كان ذلك من كلِّ المال، ولا يصحُّ إرادة حقيقة الوصية بإعارة أرضه، لأنَّ الروايةَ محفوظةٌ أنه إذا أوْصىٰ بإعارة أرضه ولم يخرج من الثلث فالحكم فيها التهايؤ يسكن الموصىٰ له يومًا والورثة يومين، وإن كان قابلًا للقسمة يقسم ويسكن الموصىٰ له في الثلث والورثة في الثلثين.

قوله: أَمَّا الخَطَأُ فَمُوجِبُهُ المَالُ، وَحَقُّ الوَرَثَةِ يَتَعَلَّقُ بِهِ فَيُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ، فإن قيل: القاتلُ واحدٌ من العاقلة فكيف جوَّز الوصية بجميع الثلث ههنا حتَّىٰ صحَّ في نصيب القاتل أيضًا مع أنَّ الوصية لا تصحُّ للقاتل؟ قلنا: إنَّما جوَّز ذلك لأنَّ المجروح لم يقل أوصيتُ لكَ بثلث الدية، وإنَّما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبَرعًا مبتدأ وذلك جائزٌ للقاتل، ألا ترىٰ أنه لو وَهَبَ لهُ شيئًا وسلم جازَ، وقال بعضهم: لا يسقطُ قدر نصيب القاتل، وقال بعضهم: يسقط الكلُّ لأنه لو بقىٰ نصيبه يجعلُ كأنَّ الواجبَ ليسَ إلَّا هذا فيتحمل عنه العاقلة، ثمَّ هكذا وهكذا إلىٰ أن لا يبقىٰ شيءٌ على القاتل في الآخرة فأوْجَبَ سقوط الكلِّ وهو الصحيح، وذلك لأنَّا لو أبْطَلْنا الوصيةَ في حصة القاتلِ كانت الوصيةُ كلها للعاقلة، كمن أوْصىٰ لحيٍّ وميِّت كانت الوصيةُ للحيِّ تصحيحًا للوصية، فلو أبْطَلنا الوصيةُ في حصته ابتداءً يلزمنا تصحيحها في الانتهاء علىٰ ما ذكرنا، فصحَّحناها ابتداءً قصرًا للمسافة.

قوله: وَإِذَا قَطَعَتِ المَرْأَةُ يَدَ رَجُلٍ فَتَزَوَّجَهَا عَلَىٰ يَدِهِ - أي علىٰ موجب يده - ثُمَّ مَاتَ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا، قيَّد بالموت في وجوب مهر المثل لأنه لو لم يمت فتزوَّجها

وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، لِأَنَّ العَفْوَ عَنِ اليَدِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَفْوًا عَمَّا يَحْدُثُ مِنْهُ عِنْدَهُ فَالتَّزَوُّجُ عَلَىٰ اليَدِ لَا يَكُونُ تَزَوُّجًا عَلَىٰ مَا يَحْدُثُ مِنْهُ. ثُمَّ القَطْعُ إِذَا كَانَ عَمْدًا يَكُونُ هٰذَا تَزَوُّجًا عَلَىٰ القِصَاصِ فِي الطَّرَفِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ فَلَا يَصْلُحُ مَهْرًا، لَا سِيَّمَا عَلَىٰ تَقْدِيرِ السُّقُوطِ فَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ، وَعَلَيْهَا الدِّيَةُ فِي مَالِهَا لِأَنَّ التَّزَوُّجَ وَإِنْ كَانَ يَتَضَمَّنُ

على اليد صحَّت التسمية، ويصير أرش ذلك وهو خمسة آلاف درهم مهرًا لها بالإجماع، سواءٌ كان القطع عمدًا أو خطأً، تزوَّجها على القطع أو على القطع وما يحدث عنه أو على الجناية، لأنه لمَّا برأ تبيَّن أنَّ موجبها الأرش دون القصاص، لأنَّ القصاصَ لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة والأرش يصلح صداقًا، كذا ذكره الإمام قاضي خان والمحبوبي رحمهما الله تعالىٰ.

قوله: **يَكُونُ هٰذَا تَزَوُّجًا عَلَى القِصَاصِ فِي الطَّرَفِ**، فإن قيل: القصاصُ لا يجري بين الرجل والمرأةِ فكيفَ يكون تزوجًا على القصاص في الطرف؟ قلنا: القصاصُ هو الواجب الأصليُّ نظرًا إلىٰ ظاهر قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] إلَّا أنه تعذَّر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوُت بين طرفيهما.

قوله: **وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ فَلَا يَصْلُحُ مَهْرًا**، فإن قيل: القصاصُ متقوَّم في حقِّ من عليه ولهذا لو صالحَ القاتلُ في مرض موته يصحُّ من جميع المال فيصلح مهرًا، كالمنافع فإنَّها غير متقومة في ذاتِها ولكنَّها لمَّا تقومت عند ورود العقد عليها صلحت مهرًا؟ قلنا: القصاصُ ليسَ بمتقوَّم في حقِّ من له، والمهر لا بُدَّ وأن يتقوَّم في حقِّ الرجل على الإطلاق، قال الله تعالىٰ: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، ولا يُقال: بأنَّ هذا يشكل بمَا إذا تزوَّجَ امرأةً علىٰ خمسة آلاف درهم يظنان أنَّها له عليها ثمَّ تصادقا أنه لم يكن عليها شيءٌ

العَفْوَ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ لٰكِنْ عَنِ القِصَاصِ فِي الطَّرَفِ فِي هٰذِهِ الصُّورَةِ، وَإِذَا سَرَىٰ تَبَيَّنَ أَنَّهُ قَتْلُ النَّفْسِ وَلَمْ يَتَنَاوَلْهُ العَفْوُ فَتَجِبُ الدِّيَةُ وَتَجِبُ فِي مَالِهَا لِأَنَّهُ عَمْدٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ القِصَاصُ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ. وَإِذَا وَجَبَ لَهَا مَهْرُ المِثْلِ وَعَلَيْهَا الدِّيَةُ تَقَعُ المُقَاصَّةُ إِنْ كَانَا عَلَىٰ السَّوَاءِ، وَإِنْ كَانَ فِي الدِّيَةِ فَضْلٌ تَرُدُّهُ عَلَىٰ الوَرَثَةِ، وَإِنْ كَانَ فِي المَهْرِ فَضْلٌ يَرُدُّهُ الوَرَثَةُ عَلَيْهَا، وَإِذَا كَانَ القَطْعُ خَطَأً يَكُونُ هٰذَا تَزَوُّجًا عَلَىٰ أَرْشِ اليَدِ، وَإِذَا سَرَىٰ إِلَىٰ النَّفْسِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا أَرْشَ لِلْيَدِ وَأَنَّ المُسَمَّىٰ مَعْدُومٌ فَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ، كَمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَىٰ مَا فِي اليَدِ وَلَا شَيْءَ فِيهَا. وَلَا يَتَقَاصَّانِ لِأَنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ عَلَىٰ العَاقِلَةِ فِي الخَطَأِ وَالْمَهْرُ لَهَا.

يجبُ المسمَّىٰ دون مهر المثل فينبغي أن يكون كذلك ههنا؟ لأنا نقول: هناكَ المسمَّىٰ ما يصلحُ مهرًا ولا جهالةَ فيه فلا يصار إلىٰ مهر المثل، فأمَّا ههنا المسمَّىٰ ليسَ مما يصلح مهرًا وهو القصاصُ وهو الموجب الأصليّ، وكذلك الأرش فيه نوعٌ من الجهالة فإنه يحتمل أن يقضىٰ به القاضي من الدراهم أو الدنانير فلهذا يصار إلىٰ مهر المثل، ولهذا لو تزوَّجها علىٰ ألف درهم أو مائة دينارٍ فإنه يجب مهر المثل.

قوله: وَإِذَا وَجَبَ لَهَا مَهْرُ المِثْلِ وَعَلَيْهَا الدِّيَةُ تَقَعُ المُقَاصَّةُ، أي إذا حلَّت الدية لا في الحال لتأجيل الدية وحلول مهر المثل.

قوله: وَلَا يَتَقَاصَّانِ لِأَنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ عَلَى العَاقِلَةِ فِي الخَطَأِ وَالْمَهْرُ لَهَا، ولا يُقال: بأنَّ الصحيح أنه تجبُ على القاتل ثمَّ تتحمل العاقلة فيكون أصل الوجوب على القاتل

قَالَ: (وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَىٰ اليَدِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا أَوْ عَلَىٰ الجِنَايَةِ ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذٰلِكَ وَالْقَطْعُ عَمْدٌ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا) لِأَنَّ هٰذَا تَزَوُّجٌ عَلَىٰ القِصَاصِ وَهُوَ لَا يَصْلُحُ مَهْرًا فَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَىٰ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ وَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا، لِأَنَّهُ لَمَّا جَعَلَ القِصَاصَ مَهْرًا فَقَدْ رَضِيَ بِسُقُوطِهِ بِجِهَةِ المَهْرِ فَيَسْقُطُ أَصْلًا كَمَا إِذَا أَسْقَطَ القِصَاصَ بِشَرْطِ أَنْ يَصِيرَ مَالًا فَإِنَّهُ يَسْقُطُ أَصْلًا (وَإِنْ كَانَ خَطَأً يُرْفَعُ عَنِ العَاقِلَةِ مَهْرُ مِثْلِهَا، وَلَهُمْ ثُلُثُ مَا تَرَكَ وَصِيَّةً) لِأَنَّ

واعتبارُ هذا يوجب جواز المقاصة؟ لأنا نقول: عند بعض المشايخ تجبُ على العاقلة ابتداءً، وعند بعضهم تتحمل العاقلة عن القاتل بطريق الحوالة، والحوالة توجبُ البَراءة فلا تقع المقاصةَ.

قوله: كَمَا إِذَا أَسْقَطَ القِصَاصَ بِشَرْطِ أَنْ يَصِيرَ مَالًا - بأن قال: أسقطتُ عنك القصاص بشرط أن يصير مالًا - فَإِنَّهُ يَسْقُطُ أَصْلًا.

قوله: وَلَهُمْ ثُلُثُ مَا تَرَكَ وَصِيَّةً، أي وللعاقلة الزيادةُ علىٰ مهر المثل إذا خرج من الثلث وتبَرأ العاقلة عن ذلك، وإن كانت الزيادة علىٰ مهر المثل إلىٰ تمام الدية لا يخرجُ من ثلث ماله فبقدر ما يخرجُ من الثلث يسقطُ عن العاقلة، ويعتبَر ذلك وصيَّةً لهم ويؤدُّون الباقي إلىٰ ورثة الزوج، وفي الأوضح: هذا الجوابُ فيما إذا كانت تخرج من الثلث صحيحٌ علىٰ قول من لا يجعل المرأة واحدةً من العاقلة، فأمَّا علىٰ قول من يجعلها واحدةً من العاقلة قال بعضهم: يجب أن لا تصحَّ لأنه لا بُدَّ وأن يبطل الوصية في قدر حصتها، إذ لا وصيَّة للقاتل، والصحيح أنه يصحُّ لأنه لو لم تصح الوصية في قدر حصتها لها يصحُّ في

هٰذَا تَزَوُّجٌ عَلَىٰ الدِّيَةِ وَهِيَ تَصْلُحُ مَهْرًا إِلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِقَدْرِ مَهْرِ المِثْلِ مِنْ جَمِيعِ المَالِ لِأَنَّهُ مَرِيضٌ مَرَضَ المَوْتِ وَالتَّزَوُّجُ مِنَ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ وَلَا يَصِحُّ فِي حَقِّ الزِّيَادَةِ عَلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ لِأَنَّهُ مُحَابَاةٌ فَيَكُونُ وَصِيَّةً فَيُرْفَعُ عَنِ العَاقِلَةِ لِأَنَّهُمْ يَتَحَمَّلُونَ عَنْهَا، فَمِنَ المُحَالِ أَنْ تَرْجِعَ عَلَيْهِمْ بِمُوجِبِ جِنَايَتِهَا، وَهٰذِهِ الزِّيَادَةُ وَصِيَّةٌ لَهُمْ لِأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ الوَصِيَّةِ لِمَا أَنَّهُمْ لَيْسُوا بِقَتَلَةٍ، فَإِنْ كَانَتْ تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ تَسْقُطُ، وَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ يَسْقُطُ ثُلُثُهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: كَذٰلِكَ الجَوَابُ فِيمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَىٰ اليَدِ، لِأَنَّ العَفْوَ عَنِ اليَدِ عَفْوٌ عَمَّا يَحْدُثُ مِنْهُ عِنْدَهُمَا فَاتَّفَقَ جَوَابُهُمَا فِي الفَصْلَيْنِ.

قَالَ: (وَمَنْ قُطِعَتْ يَدُهُ فَاقْتُصَّ لَهُ مِنَ اليَدِ ثُمَّ مَاتَ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ المُقْتَصُّ مِنْهُ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الجِنَايَةَ كَانَتْ قَتْلَ عَمْدٍ وَحَقُّ المُقْتَصِّ لَهُ القَوَدُ، وَاسْتِيفَاءُ القَطْعِ لَا يُوجِبُ سُقُوطَ القَوَدِ كَمَنْ كَانَ لَهُ القَوَدُ إِذَا اسْتَوْفَىٰ

الكلِّ لغيرها، كما إذا أَوْصىٰ بثلث ماله لحيٍّ وميت تصحُّ الوصية بكل الثلث للحيِّ فكان إسقاط كلِّ الدية لازمًا، وإن بطلت الوصية في حصتها فلا معنى للإبطال.

قوله: فَمِنَ المُحَالِ أَنْ تَرْجِعَ عَلَيْهِمْ، أي أنْ ترجع المرأة على العاقلة، وذكر الإمام التَّمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: وإن كان مهر مثلها مثل الدية فلا شيءَ على العاقلة، لأنَّهم إنَّما يتحملون عنها بسبب جنايتها فلا يغرمون لها.

قوله: فَاتَّفَقَ جَوَابُهُمَا فِي الفَصْلَيْنِ، أي في التزوج على اليد وما يحدثُ عنها، أو

طَرَفَ مَنْ عَلَيْهِ القَوَدُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَسْقُطُ حَقُّهُ فِي القِصَاصِ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَقْدَمَ عَلَىٰ القَطْعِ فَقَدْ أَبْرَأَهُ عَمَّا وَرَاءَهُ. وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّمَا أَقْدَمَ عَلَىٰ القَطْعِ ظَنًّا مِنْهُ أَنَّ حَقَّهُ فِيهِ وَبَعْدَ السِّرَايَةِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ فِي القَوَدِ فَلَمْ يَكُنْ مُبْرِئًا عَنْهُ بِدُونِ العِلْمِ بِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَتَلَ وَلِيَّهُ عَمْدًا فَقَطَعَ يَدَ قَاتِلِهِ ثُمَّ عَفَا وَقَدْ قُضِيَ لَهُ بِالْقِصَاصِ أَوْ لَمْ يُقْضَ فَعَلَىٰ قَاطِعِ اليَدِ دِيَةُ اليَدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ اسْتَوْفَىٰ حَقَّهُ فَلَا يَضْمَنُهُ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ إِتْلَافَ النَّفْسِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا، وَلِهٰذَا لَوْ لَمْ يَعْفُ لَا يَضْمَنُهُ، وَكَذَا إِذَا سَرَىٰ وَمَا بَرَأَ أَوْ مَا عَفَا وَمَا سَرَىٰ، أَوْ قَطَعَ ثُمَّ حَزَّ رَقَبَتَهُ قَبْلَ البُرْءِ أَوْ بَعْدَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ قِصَاصٌ فِي الطَّرَفِ فَقَطَعَ أَصَابِعَهُ ثُمَّ عَفَا لَا يَضْمَنُ الأَصَابِعَ ....

على الجناية بين الفصلين باعتبار المختلف والمتفق، وإلا فالفصول ثلاثةٌ.

قوله: وَمَنْ قَتَلَ وَلِيَّهُ عَمْدًا فَقَطَعَ يَدَ قَاتِلِهِ ثُمَّ عَفَا وَقَدْ قُضِيَ لَهُ بِالْقِصَاصِ أَوْ لَمْ يُقْضَ، بتَرديد القضاء، وغير القضاء مقدَّمٌ على العفو.

وقوله: وَمَا بَرَأَ، تأكيدٌ لقوله: سَرَىٰ.

قوله: أَوْ مَا عَفَا وَمَا سَرَىٰ، أي لم يظهر حاله بعد، هذه المسئلة علىٰ أربعة أوجهٍ: قطع ثمَّ عفا وبرأ ولم يسر، أو لم يعف وسرىٰ، أو عفا وسرىٰ، أو لم يعفَ ولم يسر، والمختلف هو الأوَّل، وكذا الثالث أيضًا على الخلاف في الصحيح من الرواية.

وَلَهُ أَنَّهُ اسْتَوْفَىٰ غَيْرَ حَقِّهِ، لِأَنَّ حَقَّهُ فِي القَتْلِ. وَهٰذَا قَطْعٌ وَإِبَانَةٌ، وَكَانَ القِيَاسُ أَنْ يَجِبَ القِصَاصُ إِلَّا أَنَّهُ سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يُتْلِفَهُ تَبَعًا، وَإِذَا سَقَطَ وَجَبَ المَالُ، وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ فِي الحَالِ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَصِيرَ قَتْلًا بِالسِّرَايَةِ فَيَكُونُ مُسْتَوْفِيًا حَقَّهُ، وَمِلْكُ القِصَاصِ فِي النَّفْسِ ضَرُورِيٌّ لَا يَظْهَرُ إِلَّا عِنْدَ الِاسْتِيفَاءِ أَوِ العَفْوِ أَوِ الِاعْتِيَاضِ لِمَا أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِيهِ، فَأَمَّا قَبْلَ ذٰلِكَ لَمْ يَظْهَرْ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا سَرَىٰ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ. وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَعْفُ وَمَا سَرَىٰ، قُلْنَا: إِنَّمَا يَتَبَيَّنُ كَوْنُهُ قَطْعًا بِغَيْرِ حَقٍّ بِالْبُرْءِ حَتَّىٰ لَوْ قَطَعَ وَمَا عَفَا وَبَرَأَ الصَّحِيحُ أَنَّهُ

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ اسْتَوْفَىٰ غَيْرَ حَقِّهِ، لأنَّ استيفاء الطرف قطعٌ، وقد بينا أنَّ حقه في القتل، والقطع غير القتل، وقد استوفاه من نفسٍ متقوِّمةٍ فإنَّ نفس من عليه القصاص متقوِّمة في حقِّ سائر الناس، فكذلك في حقِّ من له القصاص.

قوله: وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ فِي الحَالِ، جوابُ إشكالٍ وهو أن يقال: إذا كان القطع غير حقِّه وقد استوفاه وإنه مضمونٌ عليه فلِمَ لا يجب عليه الضمان في الحال؟ فأجاب بما ذكر.

قوله: وَمِلْكُ القِصَاصِ فِي النَّفْسِ ضَرُورِيٌّ، لأنه ثابتٌ علىٰ منافاة الدليل، لأنَّ القاتلَ حرٌّ والحرية تنافي المملوكيةَ ولكن يثبتُ لصيانة الدَّم المعصوم وحصول الزجر المقصود بشرعيته، فيقدَّر بقدر ما تدفع به الضرورة، والضرورة تدفع بظهوره عند الاستيفاء، أو العفو، أو الاعتياض بالصلح، لأنَّ هذه الأشياء تصرُّفٌ فيه، أي في القاتل أو في القصاص، أمَّا كون الاستيفاء تصرفًا فيه فظاهرٌ، وكذلك العفو لأنه إسقاطٌ وإسقاط الشيء تصرُّفٌ فيه، وكذا الاعتياض، فأمَّا قبل الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض فلا ضرورةَ،

عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ، وَإِذَا قَطَعَ ثُمَّ حَزَّ رَقَبَتَهُ قَبْلَ البُرْءِ فَهُوَ اسْتِيفَاءٌ وَلَوْ حَزَّ بَعْدَ البُرْءِ فَهُوَ عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَالْأَصَابِعُ وَإِنْ كَانَتْ تَابِعَةً قِيَامًا بِالْكَفِّ فَالْكَفُّ تَابِعَةٌ لَهَا غَرَضًا، بِخِلَافِ الطَّرَفِ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلنَّفْسِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ.

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ القِصَاصُ فِي الطَّرَفِ إِذَا اسْتَوْفَاهُ ثُمَّ سَرَىٰ إِلَىٰ النَّفْسِ وَمَاتَ يَضْمَنُ دِيَةَ النَّفْسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ) لِأَنَّهُ اسْتَوْفَىٰ حَقَّهُ وَهُوَ القَطْعُ، وَلَا يُمْكِنُ التَّقْيِيدُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ لِمَا فِيهِ مِنْ سَدِّ بَابِ القِصَاصِ، إِذِ الِاحْتِرَازُ عَنِ السِّرَايَةِ لَيْسَ فِي وُسْعِهِ فَصَارَ كَالْإِمَامِ وَالْبَزَّاغِ وَالْحَجَّامِ وَالْمَأْمُورِ بِقَطْعِ اليَدِ.

فلا يظهر الملك فيجبُ الضمان بإتلافه.

قوله: وَالْأَصَابِعُ وَإِنْ كَانَتْ تَابِعَةً قِيَامًا بِالْكَفِّ، جوابٌ عن قولهما، وصار كما إذا كان له قصاصٌ في الطرف فقَطَع أصابعه ثمَّ عفا، وهو أنَّ الأصابع وإن كانت تابعةً للكفِّ قيامًا به فالكفُّ تابعةٌ لها غرضًا، لأنَّ منفعة البطش تقوم بالأصابع وأنَّها أصْلٌ في الضمان أيضًا ولكلِّ أصبعٍ أرشٌ مقدَّرٌ، بخلاف الكفِّ فلمَّا صارَ أصلًا كان للمقطوع حقُّ الاستيفاء قصدًا ويكون استيفاؤها كاستيفاء الكفِّ، بِخِلَافِ الطَّرَفِ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلنَّفْسِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ.

قوله: فَصَارَ كَالْإِمَامِ، أي إذا قطع يدُ السارق فسرىٰ وماتَ، وَالْبَزَّاغِ وَالْحَجَّامِ، إذا فعلا معتادًا، وَالْمَأْمُورِ بِقَطْعِ اليَدِ، كما إذا قال لرجلٍ: اقطع يدي، فقطعَ يده فماتَ المقطوع من القطع لا شيءَ عليه، وهذا لأنَّ السراية تبعٌ لابتداء الجناية فلم يجز أن يكون

وَلَهُ أَنَّهُ قَتْلٌ بِغَيْرِ حَقٍّ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي القَطْعِ وَهٰذَا وَقَعَ قَتْلًا وَلِهٰذَا لَوْ وَقَعَ ظُلْمًا كَانَ قَتْلًا. وَلِأَنَّهُ جُرْحٌ أَفْضَىٰ إِلَىٰ فَوَاتِ الحَيَاةِ فِي مَجْرَىٰ العَادَةِ وَهُوَ مُسَمَّىٰ القَتْلِ، إِلَّا أَنَّ القِصَاصَ سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ فَوَجَبَ المَالُ بِخِلَافِ مَا اسْتَشْهَدَا بِهِ مِنَ المَسَائِلِ إِلَّا أَنَّهُ مُكَلَّفٌ فِيهَا بِالْفِعْلِ، إِمَّا تَقَلُّدًا كَالْإِمَامِ أَوْ عَقْدًا كَمَا فِي غَيْرِهِ مِنْهَا. وَالْوَاجِبَاتُ لَا تَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ كَالرَّمْيِ إِلَىٰ الحَرْبِيِّ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَا التِزَامَ وَلَا وُجُوبَ، إِذْ هُوَ مَنْدُوبٌ إِلَىٰ العَفْوِ فَيَكُونُ مِنْ بَابِ الإِطْلَاقِ فَأَشْبَهَ الِاصْطِيَادَ.

ابتداء الجناية مباحًا وسرايتها مضمونةً.

قوله: وَلِأَنَّهُ جُرْحٌ أَفْضَىٰ إِلَىٰ فَوَاتِ الحَيَاةِ فِي مَجْرَى العَادَةِ، يعني أنَّ الموت من الجرح ليس علىٰ خلاف العادة.

قوله: فَأَشْبَهَ الِاصْطِيَادَ، أي في الإباحة، والإباحة تتقيَّد بوصف السلامة بدليل أنه لو رمىٰ إلىٰ صيدٍ فأصابَ إنسانًا يضمن، كذا ههنا، والله تعالىٰ أعلم بالصَّواب.

* * *

بَابُ الشَّهَادَةِ فِي القَتْلِ

قَالَ: (وَمَنْ قُتِلَ وَلَهُ ابْنَانِ حَاضِرٌ وَغَائِبٌ فَأَقَامَ الحَاضِرُ البَيِّنَةَ عَلَىٰ القَتْلِ ثُمَّ قَدِمَ الغَائِبُ فَإِنَّهُ يُعِيدُ البَيِّنَةَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَا يُعِيدُ (وَإِنْ كَانَ خَطَأً لَمْ يُعِدْهَا بِالْإِجْمَاعِ) وَكَذٰلِكَ الدَّيْنُ يَكُونُ لِأَبِيهِمَا عَلَىٰ آخَرَ. لَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ أَنَّ القِصَاصَ طَرِيقُهُ طَرِيقُ الوِرَاثَةِ كَالدَّيْنِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ عِوَضٌ عَنْ نَفْسِهِ فَيَكُونُ المِلْكُ فِيهِ لِمَنْ

باب الشهادة في القتل

قوله: وَمَنْ قُتِلَ وَلَهُ ابْنَانِ حَاضِرٌ وَغَائِبٌ فَأَقَامَ الحَاضِرُ البَيِّنَةَ، قبلت البينة ولم يعد بالإجماع، وأجمعوا أيضًا علىٰ أنَّ القاتلَ يحبسُ إلىٰ أن يحضر الغائبَ لأنه صار متهمًا بالقتل والمتهم يُحبسُ، وأجمعوا علىٰ أنه لا يقضىٰ بالقصاص ما لم يحضر الغائب، لأنَّ المقصود من القضاء الاستيفاء والحاضرُ لا يتمكَّن من الاستيفاء بالإجماع، ثمَّ إذا قدم الغائبُ فإنه يعيد البيِّنةَ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وقالا لا يعيدُ، وأصل الاختلاف راجعٌ إلىٰ حقِّ استيفاء القصاص في الأصل لمن هو؟ فوَقَعَ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه حقُّ الوارث ابتداءً، ووقع عندهما أنه حق المورث، ولا يصحُّ الاستدلال لهما بصحَّة العفو، فإنَّ العفو عن القصاص في جواب الاستحسان كما يصحُّ من المورث المجروح كذلك يصحُّ من الوارث حالَ حياة المورث.

لَهُ المِلْكُ فِي المُعَوَّضِ كَمَا فِي الدِّيَةِ، وَلِهٰذَا لَوِ انْقَلَبَ مَالًا يَكُونُ لِلْمَيِّتِ، وَلِهٰذَا يَسْقُطُ بِعَفْوِهِ بَعْدَ الجَرْحِ قَبْلَ المَوْتِ فَيَنْتَصِبُ أَحَدُ الوَرَثَةِ خَصْمًا عَنِ البَاقِينَ. وَلَهُ أَنَّ القِصَاصَ طَرِيقُهُ الخِلَافَةُ دُونَ الوِرَاثَةِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ مِلْكَ القِصَاصِ يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ وَالْمَيِّتُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ وَالدِّيَةِ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ المِلْكِ فِي الأَمْوَالِ، كَمَا إِذَا نَصَبَ شَبَكَةً فَتَعَلَّقَ بِهَا صَيْدٌ بَعْدَ مَوْتِهِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ، وَإِذَا كَانَ طَرِيقُهُ الإِثْبَاتَ ابْتِدَاءً لَا يَنْتَصِبُ أَحَدُهُمْ خَصْمًا عَنِ البَاقِينَ فَيُعِيدُ البَيِّنَةَ بَعْدَ حُضُورِهِ (فَإِنْ كَانَ أَقَامَ القَاتِلُ البَيِّنَةَ أَنَّ الغَائِبَ قَدْ عَفَا فَالشَّاهِدُ خَصْمٌ وَيَسْقُطُ القِصَاصُ) لِأَنَّهُ ادَّعَىٰ عَلَىٰ الحَاضِرِ سُقُوطَ حَقِّهِ فِي القِصَاصِ إِلَىٰ مَالٍ، وَلَا يُمْكِنُهُ إِثْبَاتُهُ إِلَّا بِإِثْبَاتِ العَفْوِ مِنَ الغَائِبِ فَيَنْتَصِبُ الحَاضِرُ خَصْمًا عَنِ الغَائِبِ (وَكَذٰلِكَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ قُتِلَ عَمْدًا وَأَحَدُ الرَّجُلَيْنِ غَائِبٌ فَهُوَ عَلَىٰ هٰذَا) لِمَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ الأَوْلِيَاءُ ثَلَاثَةً فَشَهِدَ أَثْنَانِ مِنْهُمْ عَلَىٰ الآخَرِ أَنَّهُ قَدْ عَفَا

قوله: طَرِيقُهُ الخِلَافَةُ، وطريق الخلافة أنَّ الملكَ يثبت للخليفة كأنه هو الأصل لقيامه مقامه، كالعبد يوهبُ له شيءٌ فيقبلُ يثبت الملك للمولىٰ ابتداءً بطريق الخلافة، بخلاف الدَّين لأنه مالٌ والميِّتُ أهلٌ لملك المال، ولهذا يكفنُ من ماله ويقضىٰ ديونه من ماله، فأمَّا القصاصُ فملك الفعل والميِّت ليسَ من أهل الفعل، وإنه يثبتُ بعدَ الموت للتَّشفي ودرْكَ الثَّار والميِّتُ ليسَ من أهله.

قوله: كَمَا إِذَا نَصَبَ شَبَكَةً، أي للاصطياد.

فَشَهَادَتُهُمَا بَاطِلَةٌ وَهُوَ عَفْوٌ مِنْهُمَا) لِأَنَّهُمَا يَجُرَّانِ بِشَهَادَتِهِمَا إِلَىٰ أَنْفُسِهِمَا مَغْنَمًا وَهُوَ انْقِلَابُ القَوَدِ مَالًا (فَإِنْ صَدَّقَهُمَا القَاتِلُ فَالدِّيَةُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا) مَعْنَاهُ: إِذَا صَدَّقَهُمَا وَحْدَهُ، لِأَنَّهُ لَمَّا صَدَّقَهُمَا فَقَدْ أَقَرَّ بِثُلُثَيِ الدِّيَةِ لَهُمَا فَصَحَّ إِقْرَارُهُ، إِلَّا أَنَّهُ يَدَّعِي سُقُوطَ حَقِّ المَشْهُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ يُنْكِرُ فَلَا يُصَدَّقُ وَيَغْرَمُ نَصِيبَهُ (وَإِنْ كَذَّبَهُمَا فَلَا شَيْءَ لَهُمَا وَلِلْآخَرِ ثُلُثُ الدِّيَةِ) وَمَعْنَاهُ: إِذَا كَذَّبَهُمَا القَاتِلُ أَيْضًا، وَهٰذَا لِأَنَّهُمَا أَقَرَّا عَلَىٰ أَنْفُسِهِمَا بِسُقُوطِ القِصَاصِ فَقُبِلَ وَادَّعَيَا انْقِلَابَ نَصِيبِهِمَا مَالًا فَلَا يُقْبَلُ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَيَنْقَلِبُ نَصِيبُ المَشْهُودِ عَلَيْهِ مَالًا لِأَنَّ دَعْوَاهُمَا العَفْوَ عَلَيْهِ وَهُوَ يُنْكِرُ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ العَفْوِ مِنْهُمَا فِي حَقِّ المَشْهُودِ عَلَيْهِ، لِأَنَّ

قوله: وَهُوَ عَفْوٌ مِنْهُمَا، لأنَّهما بالشهادة زَعَما أنَّ القود قد سقطَ، وزعمهما يعتبَرُ في حقِّهما.

قوله: مَعْنَاهُ: إِذَا صَدَّقَهُمَا وَحْدَهُ، أي صدَّقهما القاتلُ وحده وكذبَهما المشهودُ عليه في شهادتِهما بعفو الثالث، وإنَّما قيِّد بِهذا لأنه إذا صدَّقهما القاتلُ والمشهود عليه يضمن القاتلُ ثلثي الدية للشاهدين لا غير، لأنَّهما ادَّعيا على القاتل المالَ وصدقهما القاتلُ فيه ولا يضمن للمشهود عليه شيئًا، لأنه أقرَّ بالعفو حيث صدقَ الشاهدين.

قوله: وَإِنْ كَذَّبَهُمَا، أي المشهود عليه، معناه إذا كذبَهما القاتلُ أيضًا، وإنَّما قيِّد بِهذا لأنه إذا صدَّقهما القاتلُ عند تكذيب المشهود عليه يجبُ على القاتل ديةً كاملةً بينهم أثلاثًا، وذلك لأنَّهما بالشهادة أقرَّا بسقوط القصاص وانقلاب نصيبهما مالًا، وقد أقرَّ القاتلُ بذلك علىٰ تقدير تصديق القاتلِ فلزمه ثلثا الديةِ لهما وثلث الدية للمشهود عليه،

سُقُوطَ القَوَدِ مُضَافٌ إِلَيْهِمَا، وَإِنْ صَدَّقَهُمَا المَشْهُودُ عَلَيْهِ وَحْدَهُ غَرِمَ القَاتِلُ ثُلُثَ الدِّيَةِ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ لِإِقْرَارِهِ لَهُ بِذٰلِكَ.

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ أَنَّهُ ضَرَبَهُ فَلَمْ يَزَلْ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّىٰ مَاتَ فَعَلَيْهِ القَوَدُ إِذَا كَانَ عَمْدًا) لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالشَّهَادَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً، وَفِي ذٰلِكَ القِصَاصُ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَالشَّهَادَةُ عَلَىٰ قَتْلِ العَمْدِ تَتَحَقَّقُ عَلَىٰ هٰذَا الوَجْهِ، لِأَنَّ المَوْتَ بِسَبَبِ الضَّرْبِ إِنَّمَا يُعْرَفُ إِذَا صَارَ بِالضَّرْبِ صَاحِبُ فِرَاشٍ حَتَّىٰ مَاتَ، وَتَأْوِيلُهُ إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ ضَرَبَهُ بِشَيْءٍ جَارِحٍ.

لأنه ما أقرَّ بسقوط القصاص وإنَّما سقط القصاصُ بإقرار غيره.

قوله: وَإِنْ صَدَّقَهُمَا المَشْهُودُ عَلَيْهِ وَحْدَهُ غَرِمَ القَاتِلُ ثُلُثَ الدِّيَةِ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ لِإِقْرَارِهِ لَهُ بِذٰلِكَ، لأنه أنْكَر عفو المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالًا بشهود صاحبيه ولكنه تصرَّف إلى الشاهدين، وهذا استحسانٌ، والقياسُ أن لا يلزمه شيءٌ لأنَّ ما ادَّعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لإنكاره، وما أقرَّ به القاتلُ للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه، وجه الاستحسان أنَّ القاتلَ بتكذيبه للشاهدين أقرَّ للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أنَّ القصاص سقطَ بدعواهما العفو على الثالث وانقلبَ نصيبه مالًا، والثالث لمَّا صدق الشاهدين في العفو فقد زَعَمَ أنَّ نصيبهما انقلب مالًا فصار مقرًّا لهما بما أقرَّ به له القاتل فيجوز إقراره بذلك، بمنزلة ما لو أقرَّ رجلٌ بألف درهمٍ وقال المقرُّ له هذه الألف ليسَ لي ولكنها لفلانٍ جازَ وصارت لفلانٍ، كذا هذا.

قوله: وَتَأْوِيلُهُ إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ ضَرَبَهُ بِشَيْءٍ جَارِحٍ، كالسيف وما يجري مجراه، وإنَّما أوَّلَ بالجارح لتكون المسئلة مجمعًا عليها، فإن قيل: الشهودُ وإن شهدوا على

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ شَاهِدَا القَتْلِ فِي الأَيَّامِ أَوْ فِي البَلَدِ أَوْ فِي الَّذِي كَانَ بِهِ القَتْلُ فَهُوَ بَاطِلٌ) لِأَنَّ القَتْلَ لَا يُعَادُ وَلَا يُكَرَّرُ، وَالْقَتْلُ فِي زَمَانٍ أَوْ فِي مَكَان غَيْرُ القَتْلِ فِي زَمَانٍ أَوْ مَكَان آخَرَ، وَالْقَتْلُ بِالْعَصَا غَيْرُ القَتْلِ بِالسِّلَاحِ لِأَنَّ الثَّانِيَ عَمْدٌ وَالْأَوَّلَ شِبْهُ العَمْدِ، وَيَخْتَلِفُ أَحْكَامُهُمَا فَكَانَ عَلَىٰ كُلِّ قَتْلٍ شَهَادَةٌ فَرْدٌ (وَكَذَا إِذَا قَالَ أَحَدُهُمَا: قَتَلَهُ بِعَصًا وَقَالَ الآخَرُ لَا أَدْرِي بِأَيِّ شَيْءٍ قَتَلَهُ فَهُوَ بَاطِلٌ) لِأَنَّ المُطْلَقَ يُغَايِرُ المُقَيَّدَ.

قَالَ: (وَإِنْ شَهِدَا أَنَّهُ قَتَلَهُ وَقَالَا: لَا نَدْرِي بِأَيِّ شَيْءٍ قَتَلَهُ فَفِيهِ الدِّيَةُ اسْتِحْسَانًا) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تُقْبَلَ هٰذِهِ الشَّهَادَةُ لِأَنَّ القَتْلَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الآلَةِ فَجُهِلَ المَشْهُودُ بِهِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُمْ شَهِدُوا

الضرب بشيءٍ جارحٍ ولكن الضرب قد يكون خطأً فكيف يثبتُ القود؟ مع أنَّهم لم يشهدوا أنه كان متعمِّدًا؟ قلنا: لمَّا شَهِدُوا أنه ضربه بالسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه، لأنه لو كان مخطئًا لا يحلُّ لهم أن يشهدوا أنه ضربه، وإنَّما يشهدون أنه قصدَ ضرب غيره فأصابه، كذا ذكره شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده.

قوله: وَإِذَا اخْتَلَفَ شَاهِدَا القَتْلِ فِي الأَيَّامِ، بأن شهدَ أحدهما أنَّ القتلَ كان في يوم الخميس، وشهد الآخر أنه كان في يوم الجمعة، أو في البلدان بأن شهد أحدهما أنَّ القتل في بلد كذا، وشهد الآخر أنه كان في بلدٍ آخر، أو في الذي كان به القتل، أي في الآلة.

قوله: لِأَنَّ المُطْلَقَ يُغَايِرُ المُقَيَّدَ، لأنه يحتمل أن يكون عمدًا، ويحتمل أن يكون شبه عمدٍ، ويحتمل أن يكون خطأً، والقتلُ بالعصا شبه عمدٍ فلم يثبت الاتفاق في المشهود به، والاتفاق شرطٌ.

بِقَتْلٍ مُطْلَقٍ وَالْمُطْلَقُ لَيْسَ بِمُجْمَلٍ فَيَجِبُ أَقَلُّ مُوجِبَيْهِ وَهُوَ الدِّيَةُ وَلِأَنَّهُ يُحْمَلُ إِجْمَالُهُمْ فِي الشَّهَادَةِ عَلَىٰ إِجْمَالِهِمْ بِالْمَشْهُودِ عَلَيْهِ سِتْرًا عَلَيْهِ. وَأَوَّلُوا كَذِبَهُمْ فِي نَفْيِ العِلْمِ بِظَاهِرِ مَا وَرَدَ بِإِطْلَاقِهِ فِي إِصْلَاحِ ذَاتِ البَيْنِ وَهٰذَا فِي مَعْنَاهُ، فَلَا يَثْبُتُ الِاخْتِلَافُ بِالشَّكِّ، وَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ لِأَنَّ الأَصْلَ فِي الفِعْلِ العَمْدُ فَلَا يَلْزَمُ العَاقِلَةُ.

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ قَتَلَ فُلَانًا فَقَالَ الوَلِيُّ: قَتَلْتُمَاهُ جَمِيعًا فَلَهُ أَنْ يَقْتُلَهُمَا، وَإِنْ شَهِدُوا عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ قَتَلَ فُلَانًا وَشَهِدَ آخَرُونَ عَلَىٰ آخَرَ بِقَتْلِهِ وَقَالَ الوَلِيُّ: قَتَلْتُمَاهُ جَمِيعًا بَطَلَ ذٰلِكَ كُلُّهُ) وَالْفَرْقُ أَنَّ الإِقْرَارَ وَالشَّهَادَةَ يَتَنَاوَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وُجُودَ

قوله: وَالْمُطْلَقُ لَيْسَ بِمُجْمَلٍ، فإنَّ المطلقَ ممكن العمل، ألا ترىٰ أنَّ الله تعالىٰ أوْجَب الكفارةَ بتحرير رقبةٍ مطلقةٍ ووجبَ العمل به، ولو كان مجملًا لَمَا وجبَ العملُ به، كذا ذكره الإمام الكسائي.

قوله: عَلَىٰ إِجْمَالِهِمْ بِالْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، أي إحسانِهم في حقه بالسَّتْر عليه.

قوله: وَأَوَّلُوا كَذِبَهُمْ فِي نَفْيِ العِلْمِ، أي الشهودَ أوَّلوا قولهم: لا ندري، مع أنَّهم يعلمون بظاهر ما وَرَد من الحديث بإطلاق الكذب بإطلاقه، أي بتجويز الكذب في إصلاح ذات البين وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «ليسَ بكذَّابٍ من يصلح بين اثنين».

قوله: وَهٰذَا فِي مَعْنَاهُ، أي ستر الشاهد على المشهود عليه ما يوجب القتلَ في معنى إصلاح ذات البين، بجامع أنَّ العفو مندوبٌ ههنا، كما أنَّ الإصلاح مندوبٌ هناك، فكان ورود الإطلاق والتجويز هناك ورودًا هنا.

كُلِّ القَتْلِ وَوُجُوبَ القِصَاصِ، وَقَدْ حَصَلَ التَّكْذِيبُ فِي الأُولَىٰ مِنَ المُقَرِّ لَهُ وَفِي الثَّانِيَةِ مِنَ المَشْهُودِ لَهُ، غَيْرَ أَنَّ تَكْذِيبَ المُقَرِّ لَهُ المُقِرَّ فِي بَعْضِ مَا أَقَرَّ بِهِ لَا يُبْطِلُ إِقْرَارَهُ فِي البَاقِي، وَتَكْذِيبُ المَشْهُودِ لَهُ الشَّاهِدَ فِي بَعْضِ مَا شَهِدَ بِهِ يُبْطِلُ شَهَادَتَهُ أَصْلًا، لِأَنَّ التَّكْذِيبَ تَفْسِيقٌ وَفِسْقُ الشَّاهِدِ يَمْنَعُ القَبُولَ، أَمَّا فِسْقُ المُقِرِّ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ.

قوله: غَيْرَ أَنَّ تَكْذِيبَ المُقِرِّ لَهُ ... فِي بَعْضِ مَا أَقَرَّ بِهِ، قُيِّد بالبعض، لأنَّ تكذيب المقرِّ له في كلِّ ما أقرَّ به ردٌّ لإقراره فيبطل به، والله تعالىٰ أعلم بالصَّواب.

* * *

بَابٌ فِي اعْتِبَارِ حَالَةِ القَتْلِ

قَالَ: (وَمَنْ رَمَىٰ مُسْلِمًا فَارْتَدَّ المَرْمِيُّ إِلَيْهِ وَالْعِيَاذُ بِاللهِ ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهْمُ فَعَلَىٰ الرَّامِي الدِّيَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ بِالِارْتِدَادِ أَسْقَطَ تَقَوُّمَ نَفْسِهِ فَيَكُونُ مُبْرِئًا لِلرَّامِي عَنْ مُوجِبِهِ كَمَا إِذَا أَبْرَأَهُ بَعْدَ الجَرْحِ قَبْلَ المَوْتِ. وَلَهُ أَنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ بِفِعْلِهِ وَهُوَ الرَّمْيُ إِذْ لَا فِعْلَ مِنْهُ بَعْدُ فَتُعْتَبَرُ حَالَةُ الرَّمْيِ وَالْمَرْمِيِّ إِلَيْهِ فِيهَا مُتَقَوِّمٌ. وَلِهٰذَا تُعْتَبَرُ حَالَةُ الرَّمْيِ فِي حَقِّ الحِلِّ حَتَّىٰ لَا يَحْرُمَ

باب في اعتبار حالة القتل

قوله: لِأَنَّهُ بِالِارْتِدَادِ أَسْقَطَ تَقَوُّمَ نَفْسِهِ فَيَكُونُ مُبْرِئًا لِلرَّامِي عَنْ مُوجِبِهِ، لأنَّ من له الحقُّ متىٰ أَخْرَج المتقوِّم عن التقوُّم يصير مبْرِئًا للضامن عن الضمان، كالمغصوب منه إذا أَعْتق المغصوب يصير مبْرِئًا للغاصب عن الضمان.

قوله: وَلِهٰذَا تُعْتَبَرُ حَالَةُ الرَّمْيِ فِي حَقِّ الحِلِّ، أي حلِّ الصيد وكذا في حقِّ التكفير، حتَّىٰ جاز بعد الجرح قبل الموت، والجرح سبب الموت فصار كأنه قتله حين جرحه، والرميُ سبب الجرح يصحُّ التكفير قبل الإصابة أيضًا، وفي الجامع الصغير لقاضي خان: فيصير قاتلًا من وقت الرمي، ولهذا لو كانت الجناية خطأً فكفرَ بعد الرمي قبل الإصابة صحَّ تكفيره.

بِرِدَّةِ الرَّامِي بَعْدَ الرَّمْيِ، وَكَذَا فِي حَقِّ التَّكْفِيرِ حَتَّىٰ جَازَ بَعْدَ الجَرْحِ قَبْلَ المَوْتِ. وَالْفِعْلُ وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَالْقَوَدُ سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ وَوَجَبَتِ الدِّيَةُ. (وَلَوْ رَمَىٰ إِلَيْهِ وَهُوَ مُرْتَدٌّ فَأَسْلَمَ ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهْمُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَكَذَا إِذَا رَمَىٰ حَرْبِيًّا فَأَسْلَمَ) لِأَنَّ الرَّمْيَ مَا انْعَقَدَ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ لِعَدَمِ تَقَوُّمِ المَحِلِّ فَلَا يَنْقَلِبُ مُوجِبًا لِصَيْرُورَتِهِ مُتَقَوِّمًا بَعْدَ ذٰلِكَ.

قَالَ: (وَإِنْ رَمَىٰ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ ثُمَّ وَقَعَ السَّهْمُ بِهِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلْمَوْلَىٰ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ فَضْلُ مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ مَرْمِيًّا إِلَىٰ غَيْرِ مَرْمِيٍّ، وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. لَهُ أَنَّ العِتْقَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ، وَإِذَا انْقَطَعَتْ بَقِيَ

قوله: لَهُ أَنَّ العِتْقَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ، أي لمحمدٍ رحمه الله تعالىٰ، كما إذا قطع يد عبدٍ أو جرحه ثمَّ أعتقه المولىٰ ثمَّ سرىٰ فالعتق يقطع السراية، حتى لا يجب بالسراية بعد العتق شيءٌ، أي لا يضمن ديةً ولا قيمةً وإنَّما يضمن النقصان، فكذلك ههنا، وهذا لأنَّ توجه السَّهم عليه أوْجَب إشرافه على الهلاك فصارَ ذلك كالجرح الواقع به، ولهما أنه يصير قاتلًا من وقت الرمي فيعتبَر قيمته يومئذٍ، وهذا علىٰ أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ ظاهرٌ لأنه يعتبَر وقت الرمي، وأمَّا أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ فإنَّما لم يعتبِر وقت الرمي فيما إذا رمىٰ مسلمًا فارتدَّ المرمىٰ إليه لأنه اعترَض على المحل ما يبطل عصمته، وهنا الحرية تؤكِّد عصمته، وإذا اعتبِر قاتلًا من وقت الرمي وإنه مملوكٌ في تلك الحالة فيجب القيمة، لأنَّ الفعل انعقد من الابتداء موجبًا للقيمة فلا يتغيَّر باعتِراض الحرية، بخلاف

مُجَرَّدُ الرَّمْيِ وَهُوَ جِنَايَةٌ يَنْتَقِصُ بِهَا قِيمَةُ المَرْمِيِّ إِلَيْهِ بِالْإِضَافَةِ إِلَىٰ مَا قَبْلَ الرَّمْيِ فَيَجِبُ ذٰلِكَ. وَلَهُمَا أَنَّهُ يَصِيرُ قَاتِلًا مِنْ وَقْتِ الرَّمْيِ لِأَنَّ فِعْلَهُ الرَّمْيَ وَهُوَ مَمْلُوكٌ فِي تِلْكَ الحَالَةِ فَتَجِبُ قِيمَتُهُ، بِخِلَافِ القَطْعِ وَالْجُرْحِ لِأَنَّهُ إِتْلَافُ بَعْضِ المَحِلِّ، وَأَنَّهُ يُوجِبُ الضَّمَانَ لِلْمَوْلَىٰ، وَبَعْدَ السِّرَايَةِ لَوْ وَجَبَ شَيْءٌ لَوَجَبَ لِلْعَبْدِ فَتَصِيرُ النِّهَايَةُ مُخَالِفَةً لِلْبِدَايَةِ. أَمَّا الرَّمْيُ قَبْلَ الإِصَابَةِ لَيْسَ بِإِتْلَافِ شَيْءٍ مِنْهُ لِأَنَّهُ لَا أَثَرَ لَهُ فِي المَحَلِّ. وَإِنَّمَا قَلَّتِ الرَّغَبَاتُ فِيهِ فَلَا يَجِبُ بِهِ ضَمَانٌ فَلَا تَتَخَالَفُ النِّهَايَةُ وَالبِدَايَةُ فَتَجِبُ قِيمَتُهُ لِلْمَوْلَىٰ. وَزُفَرُ وَإِنْ كَانَ يُخَالِفُنَا فِي وُجُوبِ القِيمَةِ نَظَرًا إِلَىٰ حَالَةِ الإِصَابَةِ فَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا حَقَقْنَاهُ.

القطع والجرح والضرب الممرَّض، لأنه اتَّصلَ الفعل بالمحل وتأثَّر به المحلّ وإنه يوجب الضمان للمولىٰ، وبعد السراية لو وَجَب شيءٌ لوجبَ للعبد فيلزمُ مخالفة نِهاية الفعل بدايته، فلا بدَّ من أن يجعل العتق قاطعًا للسِّراية بِهذه الضرورة، ولا ضرورةَ في الرمي لأنه لا أثَرَ له في المحل قبل الوصول، وإنَّما يقلُّ الرغبات فيه فلا يجب به ضمانٌ فلا يلزم المخالفة في البداية والنهاية في استحقاق الضمان فيجب القيمة للمولىٰ، ومحمد رحمه الله تعالىٰ يحتاج إلى الفرق أيضًا فإنه لم يعتبر هنا لا حالة الرمي ولا حالة الإصابة، وفيما تقدَّم مع أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، لمحمدٍ رحمه الله تعالىٰ أنَّ نِهاية الجناية مخالفةٌ لابتدائها فلا يمكن اعتبارهما معًا، لأنَّ ذلك يوجب أن يكون الواجب مشتركًا بين المولىٰ والعبد، والفعل لم ينعقد موجبًا لهذا ولا اعتبار أحدهما دون الآخر، فيصار إلىٰ ما ذكر من اعتبار الفصل، بخلاف الأول فإنه بالارتداد يكون مبرِئًا فيسقط الضمان.

قوله: وَزُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ وَإِنْ كَانَ يُخَالِفُنَا فِي - حقّ - وُجُوبِ القِيمَةِ، أي

قَالَ: (وَمَنْ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالرَّجْمِ فَرَمَاهُ رَجُلٌ ثُمَّ رَجَعَ أَحَدُ الشُّهُودِ ثُمَّ وَقَعَ بِهِ الحَجَرُ فَلَا شَيْءَ عَلَىٰ الرَّامِي) لِأَنَّ المُعْتَبَرَ حَالَةُ الرَّمْيِ وَهُوَ مُبَاحُ الدَّمِ فِيهَا. (وَإِذَا رَمَىٰ المَجُوسِيُّ صَيْدًا ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ وَقَعَتِ الرَّمْيَةُ بِالصَّيْدِ لَمْ يُؤْكَلْ، وَإِنْ رَمَاهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ ثُمَّ تَمَجَّسَ وَالْعِيَاذُ بِاللهِ أُكِلَ) لِأَنَّ المُعْتَبَرَ حَالُ الرَّمْيِ فِي حَقِّ الحِلِّ وَالْحُرْمَةِ إِذِ الرَّمْيُ هُوَ الذَّكَاةُ فَتُعْتَبَرُ الأَهْلِيَّةُ وَانْسِلَابُهَا عِنْدَهُ. (وَلَوْ رَمَىٰ المُحْرِمُ صَيْدًا ثُمَّ حَلَّ فَوَقَعَتِ الرَّمْيَةُ بِالصَّيْدِ فَعَلَيْهِ الجَزَاءُ، وَإِنْ رَمَىٰ حَلَالٌ صَيْدًا ثُمَّ أَحْرَمَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالتَّعَدِّي وَهُوَ رَمْيُهُ فِي حَالَةِ الإِحْرَامِ، وَفِي الأَوَّلِ هُوَ مُحْرِمٌ وَقْتَ الرَّمْيِ وَفِي الثَّانِي حَلَالٌ فَلِهٰذَا افْتَرَقَا، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

يجب الدية عنده نظرًا إلىٰ حالة الإصابة.

قوله: وَمَنْ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالرَّجْمِ فَرَمَاهُ رَجُلٌ ثُمَّ رَجَعَ أَحَدُ الشُّهُودِ، إلىٰ آخر الباب، ففي هذه المسئلة كلها يعتبَر حالة الرمي بالإجماع، فظهرَ من هذا أنَّ المعتبَر حالة الرمي عندهما أيضًا، إلَّا أنَّ المرميٰ إليه فيما إذا رميٰ مسلمًا فارتدَّ ثمَّ أصابه صار مبْرِئًا للرامي عن ضمان الجناية فلم يجب شيءٌ، بخلاف هذه المسائل، والله أعلم بالصواب.

كِتَابُ الدِّيَاتِ

قَالَ: (وَفِي شِبْهِ العَمْدِ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ عَلَىٰ العَاقِلَةِ وَكَفَّارَةٌ عَلَىٰ القَاتِلِ) وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي أَوَّلِ الجِنَايَاتِ.

قَالَ: (وَكَفَّارَتُهُ عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] الآيَةُ (فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) بِهَٰذَا النَّصِّ (وَلَا يُجْزِئُ فِيهِ الإِطْعَامُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ نَصٌّ وَالْمَقَادِيرُ تُعْرَفُ بِالتَّوْقِيفِ، وَلِأَنَّهُ جَعَلَ المَذْكُورَ كُلَّ الوَاجِبِ بِحَرْفِ الفَاءِ، أَوْ لِكَوْنِهِ

كتاب الديات

الديةُ لغةً مصدرٌ من: ودى القاتلُ المقتولَ، إذا أعْطىٰ وليه المال الذي هو بدل النفس، ثمَّ قيل للمال الذي هو بدلُ النفس (الديَةَ) تسميةً بالمصدر، والأرش اسم للواجب علىٰ ما دون النفس.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي أَوَّلِ الجِنَايَاتِ، أي بيَّنا شبه العمد.

قوله: وَلِأَنَّهُ جَعَلَ المَذْكُورَ كُلَّ الوَاجِبِ بِحَرْفِ الفَاءِ، يعني أنَّ الفاء للجزاء، وجزأ بالهمز أي كفىٰ، وإنَّما يكون كافيًا إذا كان المذكورُ كلَّ الواجب، إذ لو كان شيءٌ آخر واجبًا لكان المذكور بعض الجزاء أو لكونه كل المذكور، فلو كان شيءٌ آخر واجبًا

كُلَّ المَذْكُورِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ (وَيُجْزِئُهُ رَضِيعُ أَحَدِ أَبَوَيْهِ مُسْلِمٌ) لِأَنَّهُ مُسْلِمٌ بِهِ وَالظَّاهِرُ بِسَلَامَةِ أَطْرَافِهِ (وَلَا يُجْزِئُ مَا فِي البَطْنِ) لِأَنَّهُ لَا تُعْرَفُ حَيَاتُهُ وَلَا سَلَامَتُهُ.

قَالَ: (وَهُوَ الكَفَّارَةُ فِي الخَطَأِ) لِمَا تَلَوْنَاهُ (وَدِيَتُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ أَرْبَاعًا: خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ جَذَعَةً) وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ أَثْلَاثًا: ثَلَاثُونَ جَذَعَةً وَثَلَاثُونَ حِقَّةً،

والموضعُ موضعَ الحاجة إلى البيان لكان مذكورًا، وحيث لم يذكر علمنا أنَّ المذكور كلَّ الواجب، وهذه قضية متلقاة من جهة الشرع فينتهي إلىٰ ما أنهانا الشرع إليه، ولا يقال: بأنَّ السكوت لا يدلُّ علىٰ أنَّ المذكور كل الواجب، لقوله عليه الصلاة والسلام: «إلَّا أنَّ قتيل خطأ العمد»، الحديث، ولم يذكر فيه الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة؟ لأنا نقول: ثمَّ وجد بيان بنصٍّ آخر، أو نقول: لا نُسلم فإنه قال الجرجانيُّ: وجدتُّ روايةً عن أصحابنا أنَّ الكفارةَ لا تجبُ في شبه العمد.

قوله: وَيُجْزِئُهُ رَضِيعُ أَحَدِ أَبَوَيْهِ مُسْلِمٌ، لِأَنَّهُ مُسْلِمٌ بِهِ، لا يُقال: بأنَّ الإيمان منصوصٌ عليه فيعتبَر الكمالُ كما قلنا فى قبض الهبة، لأنا نقول: ذلك فعل حسيٌّ وهذا وصفٌ.

قوله: وَهُوَ الكَفَّارَةُ فِي الخَطَأِ، أي عتق رقبةٍ مؤمنة الذي ذكرناه في شبه العمد هو الكفارة في الخطأ.

قوله: وَدِيَتُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، أي دية شبه العمد.

وَأَرْبَعُونَ ثَنِيَّةً، كُلُّهَا خَلِفَاتٌ فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا، لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَإِ العَمْدِ قَتِيلُ السَّوْطِ وَالْعَصَا، وَفِيهِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ أَرْبَعُونَ مِنْهَا فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا» وَعَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ-: ثَلَاثُونَ حِقَّةً وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً، وَلِأَنَّ دِيَةَ شِبْهِ العَمْدِ أَغْلَظُ وَذٰلِكَ فِيمَا قُلْنَا. وَلَهُمَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فِي نَفْسِ المُؤْمِنِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ» وَمَا رَوَيَاهُ غَيْرُ ثَابِتٍ لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - فِي صِفَةِ التَّغْلِيظِ، وَابْنُ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - قَالَ بِالتَّغْلِيظِ أَرْبَاعًا

قوله: كُلُّهَا خَلِفَاتٌ، الخلفة الحامل من النوق، وجمعها من غير لفظها مخاض، وقد يقال: خَلْفَاتٌ، وقوله: فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا، صفة مقرَّرة، كما في قوله عليه الصلاة والسلام: «ما أبقته الفرائض فلأولَى رجلٍ ذكرٍ».

قوله: وَلِأَنَّ دِيَةَ شِبْهِ العَمْدِ أَغْلَظُ، أي من دية الخطأ.

قوله: لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ فِي صِفَةِ التَّغْلِيظِ، فإنَّ عُمر وزيدًا والمغيرة بن شعبة وأبا موسى الأشعري رضي الله تعالىٰ عنهم قالوا كما ذكر محمد والشافعي رحمهما الله تعالىٰ، وقال عليٌّ رضي الله تعالىٰ عنه: تجب أثلاثًا، ثلاثة وثلاثون حقةً، وثلاثة وثلاثون جذعةً، وأربعة وثلاثون خلفةً، وقال ابن مسعود رضي الله تعالىٰ عنه: يجب أرباعًا كما ذكرنا، وذكر في شرح الأقطع ما رواه محمد والشافعي رحمهما الله تعالىٰ ثمَّ قال: هذا الخبرُ معارضٌ لقول ابن مسعود رضي الله تعالىٰ عنه، ولا مدخلَ للرأي في تقديرات الشَّرع فلا بُدَّ من أن يكون مسموعًا، وإذا تعارضَ الخبران كان الأخذ بالمتيقن أوْلىٰ، وفي المبسوط: والمعنىٰ فيه أنه إنَّما تجبُ الدية عوضًا عن المقتول، والحامل لا يجوز أن يستحقَّ في شيءٍ من المعاوضات لوجهين: أحدهما: أنَّ

كَمَا ذَكَرْنَا وَهُوَ كَالْمَرْفُوعِ فَيُعَارَضُ بِهِ.

قَالَ: (وَلَا يَثْبُتُ التَّغْلِيظُ إِلَّا فِي الإِبِلِ خَاصَّةً) لِأَنَّ التَّوْقِيفَ فِيهِ، فَإِنْ قَضَىٰ بِالدِّيَةِ فِي غَيْرِ الإِبِلِ لَمْ تَتَغَلَّظْ لِمَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَقَتْلُ الخَطَأِ تَجِبُ بِهِ الدِّيَةُ عَلَىٰ العَاقِلَةِ وَالْكَفَّارَةُ عَلَىٰ القَاتِلِ) لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ.

قَالَ: (وَالدِّيَةُ فِي الخَطَأِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ أَخْمَاسًا عِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ وَعِشْرُونَ ابْنَ مَخَاضٍ وَعِشْرُونَ حِقَّةً وَعِشْرُونَ جَذَعَةً) وَهٰذَا قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَأَخَذْنَا نَحْنُ وَالشَّافِعِيُّ بِهِ لِرِوَايَتِهِ «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَضَىٰ فِي قَتِيلٍ قُتِلَ خَطَأً أَخْمَاسًا» عَلَىٰ نَحْوِ مَا قَالَ، وَلِأَنَّ مَا قُلْنَاهُ أَخَفُّ فَكَانَ

صفة الحمل لا يمكن الوقوفُ علىٰ حقيقتها، والثاني: أنَّ الجنين من وجهٍ كالمنفصل، فيكون هذا في معنى إيجاب الزيادة على المائة عددًا، وبالاتفاق صفة التغليظ ليست من العدد بل من حيث السنِّ، ثمَّ الديات تعتبَر بالصدقات والشرع نَهىٰ عن أخذ الحوامل في الصدقات لأنَّها من كرائم أموال الناس فكذلك في الديات، وهذا لأنَّ في شبه العمد الدية تجبُ على العاقلة بطريق الصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات.

قوله: فَيُعَارَضُ بِهِ، أي ما رواه الشافعي رحمه الله تعالىٰ يعارض بقول ابن مسعودٍ رضي الله تعالىٰ عنه لأنه كالمرفوع، وما روينا يبقىٰ سالمًا.

قوله: وَلِأَنَّ مَا قُلْنَاهُ أَخَفُّ، وهو إقامة ابن مخاضٍ مكان ابن لبونٍ.

أَلْيَقَ بِحَالَةِ الخَطَإِ لِأَنَّ الخَاطِئَ مَعْذُورٌ، غَيْرَ أَنَّ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَقْضِي بِعِشْرِينَ ابْنَ لَبُونٍ مَكَانَ ابْنِ مَخَاضٍ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ.

قَالَ: (وَمِنَ العَيْنِ أَلْفُ دِينَارٍ وَمِنَ الوَرِقِ عَشَرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مِنَ الوَرِقِ اثْنَا عَشَرَ أَلْفًا لِمَا رَوَىٰ ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَضَىٰ بِذَلِكَ. وَلَنَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَضَىٰ بِالدِّيَةِ فِي قَتِيلٍ بِعَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ» . وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ أَنَّهُ قَضَىٰ مِنْ دَرَاهِمَ كَانَ وَزْنُهَا وَزْنَ سِتَّةٍ وَقَدْ كَانَتْ كَذٰلِكَ.

قَالَ: (وَلَا تَثْبُتُ الدِّيَةُ إِلَّا مِنْ هٰذِهِ الأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا مِنْهَا وَمِنَ البَقَرِ مِائَتَا بَقَرَةٍ، وَمِنَ الغَنَمِ أَلْفَا شَاةٍ،

قوله: وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ، وهو رواية ابن مسعود رضي الله عنه أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام قضىٰ في قتيلٍ قتل خطأً أخماسًا علىٰ نحو ما قال بإقامة ابن مخاضٍ مكان ابن لبونٍ.

قوله: وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ أَنَّهُ قَضَىٰ مِنْ دَرَاهِمَ كَانَ وَزْنُهَا وَزْنَ سِتَّةٍ، فإن قيل: اثنا عشرَ بوزن ستةٍ يكون أكثرَ من عشرة آلافٍ أيضًا فكيفَ يفيد هذا التأويل؟ قلنا: قال الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده: يحتملُ أنَّ الدراهم كانت وزن ستة الأشياء إلا أنه أضيفَ الوزن إلىٰ ستةٍ بما كان قريبًا منه، كما يقال: فلان يملك مائتي درهمٍ، إذا كان يملك قريبًا من ذلك.

وَمِنَ الحُلَلِ مِائَتَا حُلَّةٍ كُلُّ حُلَّةٍ ثَوْبَانِ) لِأَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - هٰكَذَا جَعَلَ عَلَىٰ أَهْلِ كُلِّ مَالٍ مِنْهَا. وَلَهُ أَنَّ التَّقْدِيرَ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ بِشَيْءٍ مَعْلُومِ المَالِيَّةِ، وَهٰذِهِ الأَشْيَاءُ مَجْهُولَةُ المَالِيَّةِ وَلِهٰذَا لَا يُقَدَّرُ بِهَا ضَمَانٌ، وَالتَّقْدِيرُ بِالْإِبِلِ عُرِفَ بِالْآثَارِ المَشْهُورَةِ وَعَدِمْنَاهَا فِي غَيْرِهَا. وَذُكِرَ فِي المُعَاقِلِ أَنَّهُ لَوْ صَالَحَ عَلَىٰ الزِّيَادَةِ عَلَىٰ مِائَتَيْ حُلَّةٍ أَوْ مِائَتَيْ بَقَرَةٍ لَا يَجُوزُ، وَهٰذَا آيَةُ التَّقْدِيرِ بِذٰلِكَ. ثُمَّ قِيلَ: هُوَ قَوْلُ الكُلِّ فَيَرْتَفِعُ الخِلَافُ، وَقِيلَ هُوَ قَوْلُهُمَا.

قَالَ: (وَدِيَةُ المَرْأَةِ عَلَىٰ النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ) وَقَدْ وَرَدَ هٰذَا اللَّفْظُ

قوله: كُلُّ حُلَّةٍ ثَوْبَانِ، الحلَّة إزارٌ ورداءٌ، هو المختار، وقيل: في ديارنا قميصٌ وسراويلٌ، كما في النهاية.

قوله: وَذُكِرَ فِي المُعَاقِلِ - أي في كتاب المعاقل من المبسوط - أَنَّهُ لَوْ صَالَحَ عَلَى الزِّيَادَةِ عَلَىٰ مِائَتَيْ حُلَّةٍ، إلىٰ قوله: لَا يَجُوزُ، أَوْرَد هذا علىٰ طريق الشبهة علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، أي ما ذكر في كتاب المعاقل دليلٌ علىٰ أنَّ هذه الأصناف في الدية أصول مقدَّرة عنده كما هيَ عندهما، إذ لو كان بدلًا لجاز، كما لو صالح علىٰ بدلٍ آخر، فأجاب عن الشبهة بوجهين: أحدهما: أنه صحَّح رواية كتاب المعاقل وقال: لا خلافَ بينهم وإنَّ هذه الأصناف من الأصول المقدَّرة أيضًا، والثانِي: أنه لم يصحِّح الشبهة وقال: الخلافُ فيها ثابت كما هو المذكور في الكتاب، وما ذكر في المعاقل محمولٌ علىٰ قولهما، والجواب عن قضاء عُمر رضي الله تعالىٰ عنه يحتمل أنَّ عُمر رضي الله تعالىٰ عنه إنَّما قضىٰ بذلك بطريق الصلح بعد ما قضىٰ بالدراهم أو الدنانير، إذ الصلح من الدية

مَوْقُوفًا عَلَىٰ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَمَرْفُوعًا إِلَىٰ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مَا دُونَ الثُّلُثِ لَا يُتَنَصَّفُ، وَإِمَامُهُ فِيهِ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ بِعُمُومِهِ، وَلِأَنَّ حَالَهَا أَنْقَصُ مِنْ حَالِ الرَّجُلِ وَمَنْفَعَتُهَا أَقَلُّ، وَقَدْ ظَهَرَ أَثَرُ النُّقْصَانِ بِالتَّنْصِيفِ فِي النَّفْسِ فَكَذَا فِي أَطْرَافِهَا وَأَجْزَائِهَا اعْتِبَارًا بِهَا وَبِالثُّلُثِ وَمَا فَوْقَهُ.

قَالَ: (وَدِيَةُ الْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: دِيَةُ الْيَهُودِيِّ

علىٰ مال آخر جائزٌ.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: مَا دُونَ الثُّلُثِ لَا يُتَنَصَّفُ، وَإِمَامُهُ فِيهِ زَيْدُ ابْنُ ثَابِتٍ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ، أي ما دون ثلث ديةالرجل، وللشافعي رحمه الله تعالىٰ في الثلث روايتان، وكان زيد ابن ثابت رضي الله تعالىٰ عنه يقول: أنّها تعاقل الرجلَ إلىٰ ثلث ديتها، يعني إذا كان الأرش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواءٌ، فإن زادَ على الثلث فحينئذٍ حالها فيه على النصف من حال الرجال، وبيانه فيما حُكِيَ عن ربيعة قال: قلتُ لسعيد بن المسيب وكان يعتقد مذهب زيد: ما تقول فيمَ قطع أصبع امرأةٍ؟ قال: عليه عشرة من الإبل، قلتُ: فإن قطع أصبعين منها؟ قال: عليه عشرون من الإبل، قلتُ: فإن قطع ثلاثة أصابع؟ قال: عليه ثلاثون من الإبل، قلتُ: فإن قطع أربعة أصابع؟ قال: عليه عشرون من الإبل، قلتُ: سبحان الله! لمَّا كثُر ألمها واشتدَّ مصائبها قلَّ أرشها؟ قال: أعرابيٌّ أنتَ؟ فقلتُ: لا بل جاهل مستَرْشدٌ أو عاقل مستثبتٌ، فقال: إنه السنة وبه أخذ الشافعي رحمه الله تعالىٰ، وقال: السنةُ إذا أُطْلِقت فالمراد بِها سنة رسول لله صلى الله على وسلم، قلنا: أراد به سنَّة زيد رضي الله تعالىٰ عنه.

وَالنَّصْرَانِيِّ أَرْبَعَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ، وَدِيَةُ المَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ. وَقَالَ مَالِكٌ: دِيَةُ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ سِتَّةُ آلَافِ دِرْهَمٍ، لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «عَقْلُ الكَافِرِ نِصْفُ عَقْلِ المُسْلِمِ» وَالْكُلُّ عِنْدَهُ اثْنَا عَشَرَ أَلْفًا. وَلِلشَّافِعِيِّ مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - جَعَلَ دِيَةَ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ أَرْبَعَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ، وَدِيَةَ المَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ» . وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «دِيَةُ كُلِّ ذِي عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ أَلْفُ دِينَارٍ» وَكَذَٰلِكَ قَضَىٰ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -، وَمَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - لَمْ يُعْرَفْ رَاوِيهِ وَلَمْ يُذْكَرْ فِي كُتُبِ الحَدِيثِ، وَمَا رَوَيْنَاهُ أَشْهَرُ مِمَّا رَوَاهُ مَالِكٌ فَإِنَّهُ ظَهَرَ بِهِ عَمَلُ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -.

قوله: فَإِنَّهُ ظَهَرَ بِهِ عَمَلُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُمْ، وهو ما روىٰ عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام ودى العاهدين اللذين كان لهما عهدٌ من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلهما عَمرو بن أمية بمائةٍ من الإبل، وعن الزهري أنَّ أبا بكرٍ وعُمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية الذميِّ مثل دية المسلم، وعن ابن مسعود رضي الله عنه: دية الذميِّ مثل دية المسلم، وعن الزهري أيضًا: كانت دية الذميِّ مثل دية المسلم علىٰ عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله تعالىٰ عنهم، فلمَّا كان زمن معاوية جعلها على النصف، وعن عليٍّ رضي الله تعالىٰ عنه: إنما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا، وما يروىٰ بخلاف هذا من الصحابة لا يُعارض هذه المشاهير من الآثار.

فَصْلٌ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ

قَالَ: (وَفِي النَّفْسِ الدِّيَةُ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَفِي المَارِنِ الدِّيَةُ، وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَةُ، وَفِي الذَّكَرِ الدِّيَةُ) وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَىٰ سَعِيدُ بْنُ المُسَيِّبِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ

فصل فيما دون النفس

قوله: وَفِي النَّفْسِ الدِّيَةُ، إنَّما ذكر هذا تبرُّكًا بالابتداء بالحديث، وهذا لفظ الحديث.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، أي فى أوائل الجنايات، وسعيد بن المسيب من التابعين، وما رُوِي عن رسول الله عليه الصلاة والسلام فهو مرسلٌ، وهو حجة بالإجماع.

قوله: وَفِي المَارِنِ الدِّيَةُ، والمارنُ ما لَانَ من الأنف، والقصبة ما صلبَ منه، فالحاصلُ أنَّ ما لا ثانِيَ له في البدن من أعضاءٍ أو معانٍ مقصودةٍ فبإتلافها يجب كمال الدية، والأعضاء علىٰ أربعة أنواع: فمنها ما هو أفرادٌ، ومنها ما هو أزواجٌ، ومنها ما هو أرباعٌ، ومنها ما هو أعشارٌ، فالأعضاء التي هي أفرادٌ ثلاثة: الأنفُ واللسانُ والذَّكَرُ، فإتلافها كإتلاف النفس في أنه يجب بإتلافها كمال الدية، لأنَّ في قطع الأنف تفويتُ جمالٍ كاملٍ، ثمَّ كما تجب الدية بقطع جميع الأنف تجب بقطع المارن لأنَّ تفويت الجمال به يحصل، وكذلك في اللسان والذَّكَر الدية على ما ذكر في الكتاب، والمعانِي التي هيَ أفرادٌ في البدن: العقلُ والنفسُ والشمُّ والذوقُ، ففي كل واحد منها ديةٌ كاملةٌ، وأمَّا الأعضاء

- عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَالَ «فِي النَّفْسِ الدِّيَةُ، وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَةُ، وَفِي المَارِنِ الدِّيَةُ» وَهٰكَذَا هُوَ فِي الكِتَابِ الَّذِي كَتَبَهُ رَسُولُ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِعَمْرِو بْنِ حَزْمٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -. وَالْأَصْلُ فِي الأَطْرَافِ أَنَّهُ إِذَا فَوَّتَ جِنْسَ مَنْفَعَةٍ عَلَىٰ الكَمَالِ أَوْ أَزَالَ جَمَالًا مَقْصُودًا فِي الآدَمِيِّ عَلَىٰ الكَمَالِ يَجِبُ كُلُّ الدِّيَةِ لِإِتْلَافِهِ النَّفْسَ مِنْ وَجْهٍ وَهُوَ مُلْحَقٌ بِالْإِتْلَافِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ تَعْظِيمًا لِلْآدَمِيِّ. أَصْلُهُ قَضَاءُ رَسُولِ اللهِ - صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِالدِّيَةِ كُلِّهَا فِي اللِّسَانِ وَالْأَنْفِ، وَعَلَىٰ هٰذَا تَنْسَحِبُ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ فَنَقُولُ: فِي الأَنْفِ الدِّيَةُ لِأَنَّهُ أَزَالَ الجَمَالَ عَلَىٰ الكَمَالِ وَهُوَ مَقْصُودٌ، وَكَذَا إِذَا قَطَعَ المَارِنَ أَوِ الأَرْنَبَةَ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلَوْ قَطَعَ المَارِنَ مَعَ القَصَبَةِ لَا يُزَادُ عَلَىٰ دِيَةٍ وَاحِدَةٍ لِأَنَّهُ

التي هيَ أزواجٌ في البدن: العينان، والأذنان الشاخصتان والحاجبان الشفتان واليدان وثديا المرأة والأنثيان والرجلان، ففي قطعهما كمال الدية وفي أحدهما نصف الدية، وأمَّا الأعضاء التي هيَ أرْبَاع في البدن فهي أشفار العينين، يجبُ في كل شفر ربع الدية علىٰ ما يجيء بيانه، وأمَّا التي هيَ أعْشار في البدن فالأصابع، أي أصابع الرجلين وأصابع اليدين، ففي قطع أصابع اليدين يجبُ كمال الدية وفي كل أصبعٍ عُشر الدية، وأمَّا الأعضاء التي هيَ تزيدُ علىٰ ذلك في البدن فهيَ الأسنان، يجبُ في كل سنٍّ نصف عشر الدية، وذكر الإمام التمرتاشي: وفي آلة الخصيِّ والعنين، ولسان الأخْرَس، واليد الشلاء، والرجل العرجاء، والعين القائمة العوراء، والسنِّ السوداء، لا يجبُ القصاص في عمده، ولا الدية في خطائه، ويجب فيه حكومة عدلٍ.

عُضْوٌ وَاحِدٌ، وَكَذَا اللِّسَانُ لِفَوَاتِ مَنْفَعَةٍ مَقْصُودَةٍ وَهُوَ النُّطْقُ، وَكَذَا فِي قَطْعِ بَعْضِهِ إِذَا مَنَعَ الكَلَامَ لِتَفْوِيتِ مَنْفَعَةٍ مَقْصُودَةٍ وَإِنْ كَانَتِ الآلَةُ قَائِمَةً، وَلَوْ قَدَرَ عَلَىٰ التَّكَلُّمِ بِبَعْضِ الحُرُوفِ قِيلَ: تُقْسَمُ عَلَىٰ عَدَدِ الحُرُوفِ، وَقِيلَ: عَلَىٰ عَدَدِ حُرُوفٍ تَتَعَلَّقُ بِاللِّسَانِ؛ فَبِقَدْرِ مَا لَا يَقْدِرُ تَجِبُ، وَقِيلَ: إِنْ قَدَرَ عَلَىٰ أَدَاءِ أَكْثَرِهَا تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ لِحُصُولِ الإِفْهَامِ مَعَ الِاخْتِلَالِ، وَإِنْ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ الأَكْثَرِ يَجِبُ كُلُّ الدِّيَةِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا تَحْصُلُ مَنْفَعَةُ الكَلَامِ، وَكَذَا الذَّكَرُ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ بِهِ مَنْفَعَةَ الوَطْءِ وَالْإِيلَادِ وَاسْتِمْسَاكِ البَوْلِ وَالرَّمْيِ بِهِ وَدَفْقِ المَاءِ وَالْإِيلَاجِ الَّذِي هُوَ طَرِيقُ الإِعْلَاقِ عَادَةً، وَكَذَا فِي الحَشَفَةِ الدِّيَةُ كَامِلَةً، لِأَنَّ الحَشَفَةَ أَصْلٌ فِي مَنْفَعَةِ الإِيلَاجِ وَالدَّفْقِ وَالْقَصَبَةُ كَالتَّابِعِ لَهُ.

قوله: وَقِيلَ: عَلَىٰ عَدَدِ حُرُوفٍ تَتَعَلَّقُ بِاللِّسَانِ، الحروفُ التي تتعلق باللسان هيَ: الألفُ، والتاء، والثاء، والجيم، والدال، والذال، والراء، والزاء، والسين، والشين، والصاد، والضاد، والطاء، والظاء، واللام، والنون، فما لم يمكنه إتيان حرفٍ منها يلزم بحصته من الدية، فأمَّا الهوائية والحلقية والشفوية فلا تدخل في القسمة، فالشفوية: الميم، والباء، والحلقية: العين، والغين، والقاف، والأصل في هذا ما رُويَ أنَّ رجلًا قطع طرفَ لسان رجلٍ في زمن عليّ رضي الله تعالىٰ عنه فأمره أن يقرأ: ا، ب، ت، ث، فكلُّ ما قرأ حرفًا أسْقَطَ من ديته بقدر ذلك، وما لم يقرأ أوْجَب من الدية بحساب ذلك.

قوله: هُوَ طَرِيقُ الإِعْلَاقِ عَادَةً، وإنَّما قيَّده بالعادة لأنه يتصوَّر الإعلاق بالسحق، إلا أنه في العادة إنَّما يتحقَّق بالإيلاج.

قَالَ: (وَفِي العَقْلِ إِذَا ذَهَبَ بِالضَّرْبِ الدِّيَةُ) لِفَوَاتِ مَنْفَعَةِ الإِدْرَاكِ إِذْ بِهِ يَنْتَفِعُ بِنَفْسِهِ فِي مَعَاشِهِ وَمَعَادِهِ (وَكَذَا إِذَا ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ شَمُّهُ أَوْ ذَوْقُهُ) ....

قوله: فِي مَعَاشِهِ - أي في دنياه - وَمَعَادِهِ، أي آخرته.

قوله: وَكَذَا إِذَا ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ شَمُّهُ، أي تجبُ الدية بمقابلة فوات كلِّ واحدة من هذه المنافع، فإن قيل: بماذا يعرف فوات هذه المعانِي فإنَّ قول المجني عليه لا يقبل؟ قلنا: إذا صدقه الجانِي أو استحلف فنكل يثبت فواتُها، ثمَّ فوات البصر يعرفه الأطباء فنظرَ إليه رجلان عدلان من الأطباء ويكون قولهما في ذلك حجةً، كذا في المبسوط، وذكر في الذخيرة فقال: وطريق معرفة ذهاب السمع أن يتغافل فينادىٰ فإن أجابَ لذلك علم أنَّ سمعه لم يذهب، وحُكِي عن اسماعيل بن حمَّاد أنَّ امرأةً تطارشت، أي أرت بِها طرشًا وهو نوعُ صممٍ، في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر إليهما ثم قال لها فجأةً: غطي عورتك فاضطربت وتسارعت إلىٰ جمع ثيابِها وظهر مكرها، وقال أبو يوسف رحمه الله في المنتقىٰ: لا يعرف ذهاب السمع فالقول فيه قول الجانِي، وأمَّا طريق معرفة ذهاب البصر فقال محمد بن مقاتل الرازي: طريقه أن يستقبل الشمس مفتوح العين، فإن دمعت عينه علم أنَّ الضوء باقٍ، وإن لم يدمع عُلِم أنَّ الضوء ذاهبٌ، وذكر الطحاوي أنه يلقىٰ بين يديه حيةٌ، فإن هربَ من الحية علم أنه لم يذهب بصره، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ في الأصل: ينظر إليه أهل ذلك، وإن لم يعلم بما ذكرنا يعتبَر فيه الدعوى والإنكار والقول قول الجانِي مع يمينه على البتات، أمَّا اليمين فلأنَّ المجني عليه يدعي موجب الجناية والجانِي ينكر، وأمَّا على البتات فلأنَّ هذا اليمين علىٰ فعل نفسه وهو إذهاب بصر غيره، وطريق معرفة ذهاب الشمِّ أن يوضع بين يديه ما له رائحةٌ كريهةٌ، فإن تنفر عن ذلك عُرِف أنه لم يذهب شمه.

لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ، وَقَدْ رُوِيَ: أَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - قَضَىٰ بِأَرْبَعِ دِيَاتٍ فِي ضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ ذَهَبَ بِهَا العَقْلُ وَالْكَلَامُ وَالسَّمْعُ وَالْبَصَرُ.

قَالَ: (وَفِي اللِّحْيَةِ إِذَا حُلِقَتْ فَلَمْ تَنْبُتُ الدِّيَةُ) لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ بِهِ مَنْفَعَةَ الجَمَالِ. قَالَ: (وَفِي شَعْرِ الرَّأْسِ الدِّيَةُ) لِمَا قُلْنَا. وَقَالَ مَالِكٌ: وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ تَجِبُ فِيهِمَا حُكُومَةُ عَدْلٍ، لِأَنَّ ذٰلِكَ زِيَادَةٌ فِي الآدَمِيِّ، وَلِهٰذَا يُحْلَقُ شَعْرُ الرَّأْسِ كُلُّهُ، وَاللِّحْيَةُ بَعْضُهَا فِي بَعْضِ البِلَادِ وَصَارَ كَشَعْرِ الصَّدْرِ وَالسَّاقِ وَلِهٰذَا يَجِبُ فِي شَعْرِ العَبْدِ نُقْصَانُ القِيمَةِ. وَلَنَا أَنَّ اللِّحْيَةَ فِي وَقْتِهَا جَمَالٌ وَفِي حَلْقِهَا تَفْوِيتُهُ عَلَىٰ الكَمَالِ فَتَجِبُ الدِّيَةُ كَمَا فِي الأُذُنَيْنِ الشَّاخِصَتَيْنِ، وَكَذَا شَعْرُ الرَّأْسِ جَمَالٌ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ مَنْ عَدِمَهُ خِلْقَةً يَتَكَلَّفُ فِي سَتْرِهِ، بِخِلَافِ شَعْرِ الصَّدْرِ وَالسَّاقِ لِأَنَّهُ

قوله: لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ، يعني ليسَ فيها استتباعُ كلٍّ منها للأخرىٰ، بخلاف قتل النفس حيثُ لا يجب إلا ديةٌ واحدةٌ، لأنَّ الأطرافَ تبعٌ للنفس، أمَّا الطرف فليسَ بتبع للطرف الآخر فتعتبر كل واحدة منها بنفسها.

قوله: وَفِي شَعْرِ الرَّأْسِ الدِّيَةُ، لِمَا قُلْنَا، أراد به قوله: لأنه تفوت به منفعة الجمال، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: قالوا لو حلق رأس إنسانٍ ولم ينبت تجب الدية، الرجلُ والمرأةُ والصغيرُ والكبيرُ فيه سواءٌ، ولا يطالب بالدية حال الحلق بل يؤجل سنةً لتصور النبات، وكذا حلق اللحية، فإن مات المحلوق رأسه أو لحيته قبل مضي السنة ولم ينبت لا شيءَ فيه، وقالا: حكومة عدلٍ.

لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ جَمَالٌ. وَأَمَّا لِحْيَةُ العَبْدِ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ -رَحِمَهُ اللهُ- أَنَّهُ يَجِبُ فِيهَا كَمَالُ القِيمَةِ، وَالتَّخْرِيجُ عَلَىٰ الظَّاهِرِ أَنَّ المَقْصُودَ بِالْعَبْدِ المَنْفَعَةُ بِالِاسْتِعْمَالِ دُونَ الجَمَالِ بِخِلَافِ الحُرِّ.

قَالَ: (وَفِي الشَّارِبِ حُكُومَةُ عَدْلٍ هُوَ الأَصَحُّ) لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِلِّحْيَةِ فَصَارَ كَبَعْضِ أَطْرَافِهَا. (وَلِحْيَةُ الكَوْسَجِ إنْ كَانَ عَلَىٰ ذَقَنِهِ شَعَرَاتٌ مَعْدُودَةٌ فَلَا شَيْءَ فِي حَلْقِهِ) لِأَنَّ وُجُودَهُ يَشِينُهُ وَلَا يَزِينُهُ (وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ ذٰلِكَ وَكَانَ عَلَىٰ الخَدِّ وَالذَّقَنِ جَمِيعًا لٰكِنَّهُ غَيْرُ مُتَّصِلٍ فَفِيهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ) لِأَنَّ فِيهِ بَعْضَ الجَمَالِ (وَإِنْ كَانَ مُتَّصِلًا فَفِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِكَوْسَجٍ وَفِيهِ مَعْنَىٰ الجَمَالِ، وَهٰذَا كُلُّهُ إذَا فَسَدَ المَنْبَتُ، فَإِنْ نَبَتَتْ حَتَّىٰ اسْتَوَىٰ كَمَا كَانَ لَا يَجِبُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ أَثَرُ الجِنَايَةِ وَيُؤَدَّبُ عَلَىٰ ارْتِكَابِهِ مَا لَا يَحِلُّ، وَإِنْ نَبَتَتْ بَيْضَاءَ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يَجِبُ شَيْءٌ فِي الحُرِّ لِأَنَّهُ يَزِيدُ جَمَالًا، وَفِي العَبْدِ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ لِأَنَّهُ يَنْقُصُ قِيمَتُهُ، وَعِنْدَهُمَا تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ لِأَنَّهُ فِي غَيْرِ أَوَانِهِ يَشِينُهُ وَلَا يَزِينُهُ، وَيَسْتَوِي العَمْدُ وَالْخَطَأُ عَلَىٰ

قوله: وَيَسْتَوِي العَمْدُ وَالْخَطَأُ، يعني كما تجبُ الدية في حلق الرأس واللحية خطأً فكذا إذا حلقهما عمدًا تجب الدية لا القصاص، لأنَّ القصاصَ لا يجب في شيءٍ من الشعور لأنه عقوبة فلا يثبت قياسًا، وإنَّما يثبت نصًّا أو دلالةً، والنصُّ إنَّما وَرَدَ في الجراحات، قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] وهذا ليسَ في معناها،

هٰذَا الجُمْهُورِ. (وَفِي الحَاجِبَيْنِ الدِّيَةُ وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ) وَعِنْدَ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ تَجِب حُكُومَةُ عَدْلٍ، وَقَدْ مَرَّ الْكَلَامُ فِيهِ فِي اللِّحْيَةِ. .

قَالَ: (وَفِي العَيْنَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي اليَدَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الرِّجْلَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الأُذُنَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الأُنْثَيَيْنِ الدِّيَةُ) كَذَا رُوِيَ فِي حَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ المُسَيِّبِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -.

قَالَ: (وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هٰذِهِ الأَشْيَاءِ نِصْفُ الدِّيَةِ) وَفِيمَا كَتَبَهُ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِعَمْرِو بْنِ حَزْمٍ «وَفِي العَيْنَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ» وَلِأَنَّ فِي تَفْوِيتِ الِاثْنَيْنِ مِنْ هٰذِهِ الأَشْيَاءِ تَفْوِيتُ جِنْسِ المَنْفَعَةِ أَوْ كَمَالِ الجَمَالِ فَيَجِبُ كُلُّ الدِّيَةِ، وَفِي تَفْوِيتِ إِحْدَاهُمَا تَفْوِيتُ النِّصْفِ فَيَجِبُ نِصْفُ الدِّيَةِ.

قَالَ: (وَفِي ثَدْيَيْ المَرْأَةِ الدِّيَةُ) لِمَا فِيهِ مِنْ تَفْوِيتِ جِنْسِ المَنْفَعَةِ (وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ دِيَةِ المَرْأَةِ) لِمَا بَيَّنَّا، بِخِلَافِ ثَدْيَيِ الرَّجُلِ حَيْثُ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ تَفْوِيتُ جِنْسِ المَنْفَعَةِ وَالْجَمَالِ.

لأنَّها لا تحتاج في حلقها إلىٰ إيلامٍ ولا يتوهَّم فيها السراية كما في الجراحات، ثم قيل: صورة حلقهما خطأً هيَ أن يظنَّه مباح الدم فحلق الوالي لحيته ثمَّ ظَهَرَ أنه غير مباح الدم.

(وَفِي حَلَمَتَيِ المَرْأَةِ الدِّيَةُ كَامِلَةً) لِفَوَاتِ جِنْسِ مَنْفَعَةِ الإِرْضَاعِ وَإِمْسَاكِ اللَّبَنِ (وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُهَا) لِمَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (وَفِي أَشْفَارِ العَيْنَيْنِ الدِّيَةُ وَفِي إِحْدَاهَا رُبْعُ الدِّيَةِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: يُحْتَمَلُ أَنَّ مُرَادَهُ الأَهْدَابُ مَجَازًا كَمَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ لِلْمُجَاوِرَةِ كَالرَّاوِيَةِ لِلْقِرْبَةِ وَهِيَ حَقِيقَةٌ فِي البَعِيرِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ الجَمَالَ عَلَىٰ الكَمَالِ وَجِنْسَ المَنْفَعَةِ وَهِيَ مَنْفَعَةُ دَفْعِ الأَذَىٰ وَالْقَذَىٰ عَنِ العَيْنِ إِذْ هُوَ يَنْدَفِعُ بِالْهُدْبِ، وَإِذَا كَانَ الوَاجِبُ فِي الكُلِّ كُلَّ الدِّيَةِ وَهِيَ أَرْبَعَةٌ كَانَ فِي أَحَدِهَا رُبْعُ الدِّيَةِ وَفِي ثَلَاثَةٍ مِنْهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ مَنْبَتَ الشَّعْرِ وَالْحُكْمُ فِيهِ هٰكَذَا.

قوله: يُحْتَمَلُ أَنَّ مُرَادَهُ الأَهْدَابُ مَجَازًا كَمَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ فِي الأَصْلِ، ذكر في مبسوط شيخ الإسلام: وجعل محمد رحمه الله تعالىٰ الأشفار اسمًا للشعور التي نبتت علىٰ حروف العين وأطْرَافها، وقد خطأه أهل اللغة في هذا وقالوا: الأشفار منابت الشعر، وهي حروف العينين وأطرافهما، والشعور التي عليها تسمَّىٰ الهدب، قالوا وكأنه أخذ من شفر الوادي وهو جانبه وحده، فسميت منابت الشعور أشفارًا لأنَّها حدود الأجفان، ولكن مشايخنا قالوا بأنَّ الأمر كما قالوا أنَّ الأشفار اسم لمنابت الشعور، واسم الشعور الهدب إلا أنه كنىٰ بالأشفار عن الهدب لاتصالٍ ومجاورةٍ بينهما، كما سمُّوا القربة راويةً، وهيَ البعير الذي يستقىٰ عليه الماء لاتصال بين القربة والبعير، وكما قيل للمطر سماءٌ، ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا تجبُ في الكل الدية، وتجبُ في كل شفر ربع الدية، ويستوي أن ينتف الأهدابَ وأفسد

(وَلَوْ قَطَعَ الجُفُونَ بِأَهْدَابِهَا فَفِيهِ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّ الكُلَّ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ وَصَارَ كَالْمَارِنِ مَعَ القَصَبَةِ.

قَالَ: (وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ مِنْ أَصَابِعِ اليَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ عُشْرُ الدِّيَةِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فِي كُلِّ أُصْبُعٍ عَشْرٌ مِنَ الإِبِلِ» وَلِأَنَّ فِي قَطْعِ الكُلِّ تَفْوِيتُ جِنْسِ المَنْفَعَةِ وَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ وَهِيَ عَشْرٌ فَتَنْقَسِمُ الدِّيَةُ عَلَيْهَا. قَالَ: (وَالْأَصَابِعُ كُلُّهَا سَوَاءٌ) لِإِطْلَاقِ الحَدِيثِ، وَلِأَنَّهَا سَوَاءٌ فِي أَصْلِ المَنْفَعَةِ فَلَا تُعْتَبَرُ الزِّيَادَةُ فِيهِ كَالْيَمِينِ مَعَ الشِّمَالِ، وَكَذَا أَصَابِعُ الرِّجْلَيْنِ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ بِقَطْعِ كُلِّهَا مَنْفَعَةَ المَشْيِ فَتَجِبُ الدِّيَةُ كَامِلَةٌ، ثُمَّ فِيهِمَا عَشْرُ أَصَابِعَ فَتَنْقَسِمُ الدِّيَةُ عَلَيْهَا أَعْشَارًا.

قَالَ: (وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ فِيهَا ثَلَاثَةُ مَفَاصِلَ؛ فَفِي أَحَدِهَا ثُلُثُ دِيَةِ الأُصْبُعِ وَمَا فِيهَا مِفْصَلَانِ فَفِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ دِيَةِ الأُصْبُعِ) وَهُوَ نَظِيرُ انْقِسَامِ دِيَةِ اليَدِ عَلَىٰ الأَصَابِعِ.

قَالَ: (وَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي حَدِيثِ أَبِي مُوسَىٰ الأَشْعَرِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «وَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ» وَالْأَسْنَانُ وَالْأَضْرَاسُ كُلُّهَا سَوَاءٌ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا،

المنبت أو قطع الجفون كلها بالأهداب.

قوله: وَالْأَسْنَانُ وَالْأَضْرَاسُ كُلُّهَا سَوَاءٌ، لو اقتصر على الأسنان لكفىٰ لأنه اسم جنسٍ،

وَلِمَا رُوِيَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ: وَالْأَسْنَانُ كُلُّهَا سَوَاءٌ، وَلِأَنَّ كُلَّهَا فِي أَصْلِ الْمَنْفَعَةِ سَوَاءٌ فَلَا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ كَالْأَيْدِي وَالْأَصَابِعِ، وَهٰذَا إِذَا كَانَ خَطَأً، فَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَفِيهِ الْقِصَاصُ وَقَدْ مَرَّ فِي الْجِنَايَاتِ.

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ عُضْوًا فَأَذْهَب مَنْفَعَتَهُ فَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ كَالْيَدِ إِذَا شُلَّتْ وَالْعَيْنِ إِذَا ذَهَبَ ضَوْءُهَا) لِأَنَّ الْمُتَعَلِّقَ تَفْوِيتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ لَا فَوَاتُ الصُّورَةِ. (وَمَنْ ضَرَبَ صُلْبَ غَيْرِهِ فَانْقَطَعَ مَاؤُهُ تَجِبُ الدِّيَةُ) لِتَفْوِيتِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ (وَكَذَا لَوْ أَحْدَبَهُ) لِأَنَّهُ فَوَّتَ جَمَالًا عَلَىٰ الكَمَالِ وَهُوَ اسْتِوَاءُ القَامَةِ (فَلَوْ زَالَتِ الحُدُوبَةُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِزَوَالِهَا لَا عَنْ أَثَرٍ.

وفي المبسوط: يستوي في ذلك الأنياب والنواجذ والطواحن والضواحك، ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لِمَا فيها من زيادة المنفعة، ولسنا نأخذ بذلك لأنَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام قال: «في كل سنٍّ خمس من الإبل» من غير تفصيلٍ، ثمَّ إن كان في بعضها زيادة منفعةٍ ففي بعضها زيادة جمالٍ، والجمال في الآدميِّ كالمنفعة حتَّىٰ قيل: إذا قلع جميع أسنانه فعليه ستَّة عشر ألفًا من الدراهم، لأنَّ الأسنان اثنان وثلاثون، فإذا وجبَ في كل سنةٍ نصف عشر الدية وهيَ خمسُ مائةٍ بلغت الجملة ستَّة عشر ألفًا، وليسَ في البدن جنس عضوٍ يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الأسنان، وإذا قلع جميع أسنان الكوسج فعليه أربع عشر ألفًا، لأنَّ أسنانه تكون ثمانية وعشرين، لِمَا حُكِيَ أنَّ امرأةً قالت لزوجها: يا كوسج، فقال إن كنتُ كوسجًا فأنتِ طالقٌ، فسُئِل أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ عن ذلك فقال: يعدُّ أسنانه، فإن كانت اثنين وثلاثين فليس بكوسجٍ، وإن كانت ثمانية وعشرين فهو كوسجٌ.

قوله: **لِأَنَّ الْمُتَعَلِّقَ تَفْوِيتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ**، أي الموضع الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة، والله تعالىٰ أعلم بالصَّواب.

فَصْلٌ فِي الشِّجَاجِ

قَالَ: (الشِّجَاجُ عَشْرَةٌ: الحَارِصَةُ) وَهِيَ الَّتِي تَحْرِصُ الجِلْدَ: أَيْ تَخْدِشُهُ وَلَا تُخْرِجُ الدَّمَ (وَالدَّامِعَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُظْهِرُ الدَّمَ وَلَا تُسِيلُهُ كَالدَّمْعِ مِنَ العَيْنِ (وَالدَّامِيَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُسِيلُ الدَّمَ (وَالْبَاضِعَةُ) وَهِيَ الَّتِي تَبْضَعُ الجِلْدَ أَيْ تَقْطَعُهُ (وَالْمُتَلَاحِمَةُ) وَهِيَ الَّتِي تَأْخُذُ فِي اللَّحْمِ (وَالسِّمْحَاقُ) وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ إِلَىٰ السِّمْحَاقِ وَهِيَ جَلْدَةٌ رَقِيقَةٌ بَيْنَ

فصل في الشجاج

قوله: وَالْمُتَلَاحِمَةُ، في المغرب: هيَ الشجة التي تشقُّ اللحم دون العظم، ثمَّ يتلاحمُ بعد بشقها، أي يتلاءمُ ويتلاصقُ، قال الأزهري: الأوجه أن يقال: اللَّاحمة أي القاطعة للحم، وإنَّما سُمِّيت بذلك علىٰ ما يؤول إليه أو على التفاؤل، وفي المبسوط: ورُويَ عن محمدٍ رحمه الله تعالىٰ أنَّ المتلاحمة قبل الباضعة، وهو اختلاف في مأخذ الكلمة لا في الحكم، فمحمد رحمه الله تعالىٰ ذهب إلىٰ أنَّ المتلاحمة مأخوذةٌ من قولك: التحم السنانان، إذا اتَّصل أحدهما بالآخر، فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه، والباضعة بعدها لأنها تقطعه، وفي ظاهر الرواية: المتلاحمة ما تعملُ في قطع أكثر اللحم فهيَ بعد الباضعة، والآمة بالمدِّ من أمَّه أي شجَّه آمةً وهيَ التي تبلغ أمَّ الدماغ حتىٰ يبقىٰ بينها وبين الدماغ جلدٌ رقيقٌ، وأمُّ الدماغ الجلد التي يجمع الدماغ، كذا في الصحاح.

اللَّحْمِ وَعَظْمِ الرَّأْسِ (وَالْمُوضِحَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُوضِحُ العَظْمَ أَيْ تُبَيِّنُهُ (وَالْهَاشِمَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُهَشِّمُ العَظْمَ: أَيْ تَكْسِرُهُ (وَالْمُنَقِّلَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُنَقِّلُ العَظْمَ بَعْدَ الكَسْرِ: أَيْ تُحَوِّلُهُ (وَالْآمَّةُ) وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ إِلَىٰ أُمِّ الرَّأْسِ وَهُوَ الَّذِي فِيهِ الدِّمَاغُ.

قَالَ: (فَفِي المُوضِحَةِ القِصَاصُ إِنْ كَانَتْ عَمْدًا) لِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَضَىٰ بِالْقِصَاصِ فِي المُوضِحَةِ» وَلِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَنْتَهِيَ السِّكِّينُ إِلَىٰ العَظْمِ فَيَتَسَاوَيَانِ فَيَتَحَقَّقُ القِصَاصُ.

قَالَ: (وَلَا قِصَاصَ فِي بَقِيَّةِ الشِّجَاجِ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُسَاوَاةِ فِيهَا لِأَنَّهُ لَا حَدَّ يَنْتَهِي السِّكِّينُ إِلَيْهِ، وَلِأَنَّ فِيمَا فَوْقَ المُوضِحَةِ كَسْرَ العَظْمِ وَلَا قِصَاصَ فِيهِ، وَهٰذَا رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ: يَجِبُ القِصَاصُ فِيمَا قَبْلَ المُوضِحَةِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُسَاوَاةِ فِيهِ، إِذْ لَيْسَ فِيهِ كَسْرُ العَظْمِ وَلَا خَوْفُ هَلَاكٍ غَالِبٍ فَيُسْبَرُ غَوْرُهَا بِمِسْبَارٍ ثُمَّ تُتَّخَذُ حَدِيدَةٌ بِقَدْرِ

قوله: وَلِأَنَّ فِيمَا فَوْقَ المُوضِحَةِ، أي فيما هو أكثر شجَّةً من الموضحة وهو ما ذكره بعد الموضحة وهو ثلاثة: الهاشمة، والمنقلة، والآمَّة.

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ فِي الأَصْلِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ: يَجِبُ القِصَاصُ فِيمَا قَبْلَ المُوضِحَةِ، أي قبل الموضحة ذكرًا ودون الموضحة أثرًا وشجًّا، وهو ستَّة من الحارصة إلى السمحاق.

ذَٰلِكَ فَيُقْطَعُ بِهَا مِقْدَارُ مَا قَطَعَ فَيَتَحَقَّقُ اسْتِيفَاءُ القِصَاصِ.

قَالَ: (وَفِيمَا دُونَ المُوضِحَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهَا أَرْشٌ مُقَدَّرٌ وَلَا يُمْكِنُ إهْدَارُهُ فَوَجَبَ اعْتِبَارُهُ بِحُكْمِ العَدْلِ، وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنِ النَّخَعِيِّ وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ.

قَالَ: (وَفِي المُوضِحَةِ إنْ كَانَتْ خَطأً نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَفِي الهَاشِمَةِ عُشْرُ الدِّيَةِ، وَفِي المُنَقِّلَةِ عُشْرُ الدِّيَةِ وَنِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَفِي الآمَّةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَفِي الجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، فَإِنْ نَفَذَتْ فَهُمَا جَائِفَتَانِ فَفِيهِمَا ثُلُثَا الدِّيَةِ) لِمَا رُوِيَ فِي كِتَابِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَالَ «وَفِي المُوضِحَةِ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ، وَفِي الهَاشِمَةِ عَشْرٌ، وَفِي المُنَقِّلَةِ خَمْسَةَ عَشَرَ، وَفِي الآمَّةِ» وَيُرْوَىٰ «الْمَأْمُومَةُ ثُلُثُ الدِّيَةِ» وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فِي الجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ» وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّهُ حَكَمَ فِي جَائِفَةٍ نَفَذَتْ إلَىٰ الجَانِبِ الآخَرِ بِثُلُثَيِ الدِّيَةِ، وَلِأَنَّهَا إذَا نَفَذَتْ نَزَلَتْ مَنْزِلَةَ جَائِفَتَيْنِ إحْدَاهُمَا مِنْ جَانِبِ البَطْنِ وَالأُخْرَىٰ مِنْ جَانِبِ الظَّهْرِ وَفِي كُلِّ جَائِفَةٍ ثُلُثُ الدِّيَةِ فَلِهَٰذَا وَجَبَ فِي النَّافِذَةِ ثُلُثَا الدِّيَةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ

قوله: وَفِيمَا دُونَ المُوضِحَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ، أي دون الموضحة من حيث الأثر والشجِّ، ولكن قبل الموضحة من حيث الذكر وهو الحارصة إلى السمحاق، فلذلك ذكره مرَّةً بما قبل الموضحة ومرَّة بما دون الموضحة.

أَنَّهُ جَعَلَ المُتَلَاحِمَةَ قَبْلَ البَاضِعَةِ وَقَالَ: هِيَ الَّتِي يَتَلَاحَمُ فِيهَا الدَّمُ وَيَسْوَدُّ. وَمَا ذَكَرْنَاهُ بَدْءًا مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهٰذَا اخْتِلَافُ عِبَارَةٍ لَا يَعُودُ إِلَىٰ مَعْنًىٰ وَحُكْمٍ. وَبَعْدَ هٰذَا شَجَّةٌ أُخْرَىٰ تُسَمَّىٰ الدَّامِغَةُ وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ إِلَىٰ الدِّمَاغِ، وَإِنَّمَا لَمْ يَذْكُرْهَا لِأَنَّهَا تَقَعُ قَتْلًا فِي الغَالِبِ لَا جِنَايَةً مُقْتَصِرَةً مُنْفَرِدَةً بِحُكْمٍ عَلَىٰ حِدَةٍ، ثُمَّ هٰذِهِ الشِّجَاجُ تَخْتَصُّ بِالْوَجْهِ وَالرَّأْسِ لُغَةً، وَمَا كَانَ فِي غَيْرِ الوَجْهِ وَالرَّأْسِ يُسَمَّىٰ جِرَاحَةً، وَالْحُكْمُ مُرَتَّبٌ عَلَىٰ الحَقِيقَةِ فِي الصَّحِيحِ، حَتَّىٰ لَوْ تَحَقَّقَتْ فِي غَيْرِهِمَا نَحْوُ السَّاقِ وَالْيَدِ لَا يَكُونُ لَهَا أَرْشٌ مُقَدَّرٌ، وَإِنَّمَا تَجِبُ حُكُومَةُ العَدْلِ لِأَنَّ التَّقْدِيرَ بِالتَّوْقِيفِ وَهُوَ إِنَّمَا وَرَدَ فِيمَا يَخْتَصُّ بِهِمَا، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا وَرَدَ الحُكْمُ فِيهَا لِمَعْنَىٰ الشَّيْنِ الَّذِي يَلْحَقُهُ بِبَقَاءِ أَثَرِ الجِرَاحَةِ، وَالشَّيْنُ يَخْتَصُّ بِمَا يَظْهَرُ مِنْهَا فِي الغَالِبِ وَهُوَ العُضْوَانِ هٰذَانِ لَا سِوَاهُمَا. وَأَمَّا اللَّحْيَانِ فَقَدْ قِيلَ لَيْسَا مِنَ الوَجْهِ وَهُوَ قَوْلُ

قوله: وَهٰذَا اخْتِلَافُ عِبَارَةٍ - أي اختلافٌ في مأخذ الكلمة - لَا يَعُودُ إِلَىٰ مَعْنًى وَحُكْمٍ، أي لا يعود إلىٰ معنًى مؤثرٍ يبتني عليه الاختلاف في الحكم.

قوله: وَالْحُكْمُ مُرَتَّبٌ عَلَى الحَقِيقَةِ، أي فيما إذا كانت الشجَّة في الوجه والرأس.

قوله: وَأَمَّا اللَّحْيَانِ فَقَدْ قِيلَ لَيْسَا مِنَ الوَجْهِ، وفي الذخيرة: والذَّقنُ من الوجه بلا اختلافٍ، والعظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان فمن الوجه عندنا، حتَّىٰ لو وجدت هذه الشجاج الثلاث في اللحيين كان لها أرش مقدَّرٌ عندنا خلافًا لمالكٍ رحمه الله تعالىٰ، وفي

مَالِكٍ، حَتَّىٰ لَوْ وُجِدَ فِيهِمَا مَا فِيهِ أَرْشٌ مُقَدَّرٌ لَا يَجِبُ المُقَدَّرُ. وَهٰذَا لِأَنَّ الوَجْهَ مُشْتَقٌّ مِنَ المُوَاجِهَةِ، وَلَا مُوَاجِهَةَ لِلنَّاظِرِ فِيهِمَا إِلَّا أَنَّ عِنْدَنَا هُمَا مِنَ الوَجْهِ لِاتِّصَالِهِمَا بِهِ مِنْ غَيْرِ فَاصِلَةٍ، وَقَدْ يَتَحَقَّقُ فِيهِ مَعْنَىٰ المُوَاجِهَةِ أَيْضًا. وَقَالُوا: الجَائِفَةُ تَخْتَصُّ بِالْجَوْفِ: جَوْفِ الرَّأْسِ أَوْ جَوْفِ البَطْنِ، وَتَفْسِيرُ حُكُومَةِ العَدْلِ عَلَىٰ مَا قَالَهُ الطَّحَاوِيُّ أَنْ يُقَوَّمَ مَمْلُوكًا بِدُونِ هٰذَا الأَثَرِ وَيُقَوَّمُ وَبِهِ هٰذَا الأَثَرُ، ثُمَّ يَنْظُرُ إِلَىٰ تَفَاوُتِ مَا

مبسوط شيخ الإسلام: ويجبُ أن يفرض غسل اللحيين في الطهارة لأنَّها من الوجه على الحقيقة، إلا أنَّا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع ولا إجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة.

قوله: وَقَالُوا: الجَائِفَةُ تَخْتَصُّ بِالْجَوْفِ: جَوْفِ الرَّأْسِ أَوْ جَوْفِ البَطْنِ، وفي الإيضاح: الجائفةُ ما اتَّصلَ إلى الجوف من الصدر، والبطن، والظهر، والجنبين، والاسم دليلٌ عليه، وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصلَ إليه الشراب كان مفطرًا، وما فوق ذلك فليس بجائفةٍ، وفي الذخيرة: ولا تكون جائفةً على الوجه وإن نفذت إلى الفم وفيه حكومة عدلٍ.

قوله: وَتَفْسِيرُ حُكُومَةِ العَدْلِ عَلَىٰ مَا قَالَهُ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنْ يُقَوَّمَ مَمْلُوكًا، إلىٰ آخره، فإن كانت قيمته من غير جراحةٍ تبلغ ألفًا ومع الجراحة تبلغ قيمته تسع مائةٍ علمت أنَّ الجراحة أوْجَبَت نقصان عشر قيمته فأوْجَبت عشر الدية، لأنَّ قيمة الحرِّ ديته، وبه أخذ شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله تعالىٰ، وقال في فتاوىٰ قاضي خان: الفتوىٰ علىٰ هذا، وأمَّا تفسير ما قاله الكرخي: ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجبُ بقدر ذلك، بيانُ هذا أنَّ هذه الشجة لو كانت باضعةً مثلًا فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة، فإن كان مقدارها ثلث الموضحة وجبَ ثلثُ أرش الموضحة،

بَيْنَ القِيمَتَيْنِ، فَإِنْ كَانَ نِصْفَ عُشْرِ القِيمَةِ يَجِبُ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ رُبْعَ عُشْرٍ فَرُبْعُ عُشْرٍ. وَقَالَ الكَرْخِيُّ: يُنْظَرُ كَمْ مِقْدَارُ هٰذِهِ الشَّجَّةِ مِنَ المُوضِحَةِ فَيَجِبُ بِقَدْرِ ذٰلِكَ مِنْ نِصْفِ عُشْرِ الدِّيَةِ، لِأَنَّ مَا لَا نَصَّ فِيهِ يُرَدُّ إِلَىٰ المَنْصُوصِ عَلَيْهِ.

وإن كان ربع الموضحة يجبُ ربع أرش الموضحة، وإن كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة، قال شيخ الإسلام هذا هو الأصحُّ، كذا في الذخيرة.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ: [فِي بَيَانِ مَسَائِل الجِرَاحِ الَّتِي فِيمَا دُونَ النَّفس فِيمَا دُونَ الرَّأْس]

قَالَ: (وَفِي أَصَابِعِ اليَدِ نِصْفُ الدِّيَةِ) لِأَنَّ فِي كُلِّ أُصْبُعٍ عُشْرُ الدِّيَةِ عَلَىٰ مَا رَوَيْنَا، فَكَانَ فِي الخَمْسِ نِصْفُ الدِّيَةِ وَلِأَنَّ فِي قَطْعِ الأَصَابِعِ تَفْوِيتَ جِنْسِ مَنْفَعَةِ البَطْشِ وَهُوَ المُوجِبُ عَلَىٰ مَا مَرَّ (فَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ الكَفِّ فَفِيهِ أَيْضًا نِصْفُ الدِّيَةِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَفِي اليَدَيْنِ الدِّيَةُ وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ وَلِأَنَّ الكَفَّ تَبَعٌ لِلْأَصَابِعِ لِأَنَّ البَطْشَ بِهَا (وَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ نِصْفِ السَّاعِدِ فَفِي الأَصَابِعِ وَالْكَفِّ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَفِي الزِّيَادَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ) وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَعَنْهُ أَنَّ مَا زَادَ عَلَىٰ أَصَابِعِ اليَدِ وَالرِّجْلِ فَهُوَ تَبَعٌ لِلْأَصَابِعِ إِلَىٰ

فصل: [في بيان مسائل الجراح التي فيما دون النفس فيما دون الرأس]

قوله: وَفِي أَصَابِعِ اليَدِ نِصْفُ الدِّيَةِ، أي اليد الواحدة.

قوله: عَلَىٰ مَا رَوَيْنَا، وهو ما ذكر في فصل ما دون النفس قوله عليه الصلاة والسلام: «في كل أصبع عشر من الإبل».

قوله: وَهُوَ المُوجِبُ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وهو قوله: ولأنَّ في قطع الكل تفويت جنس المنفعة، إلىٰ آخره.

المَنْكِبِ وَإِلَىٰ الفَخِذِ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَوْجَبُ فِي اليَدِ الوَاحِدَةِ نِصْفَ الدِّيَةِ، وَالْيَدُ اسْمٌ لِهٰذِهِ الجَارِحَةِ إِلَىٰ المَنْكِبِ فَلَا يُزَادُ عَلَىٰ تَقْدِيرِ الشَّرْعِ، وَلَهُمَا أَنَّ اليَدَ آلَةٌ بَاطِشَةٌ وَالْبَطْشُ يَتَعَلَّقُ بِالْكَفِّ، وَالْأَصَابِعُ دُونَ الذِّرَاعِ فَلَمْ يَجْعَلِ الذِّرَاعَ تَبَعًا فِي حَقِّ التَّضْمِينِ وَلِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَىٰ أَنْ يَكُونَ تَبَعًا لِلْأَصَابِعِ لِأَنَّ بَيْنَهُمَا عُضْوًا كَامِلًا وَلَا إِلَىٰ أَنْ يَكُونَ تَبَعًا لِلْكَفِّ لِأَنَّهُ تَابِعٌ وَلَا تَبَعَ لِلتَّبَعِ.

قَالَ: (وَإِنْ قَطَعَ الكَفَّ مِنَ المِفْصَلِ وَفِيهَا أُصْبُعٌ وَاحِدَةٌ فَفِيهِ عُشْرُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ أُصْبُعَيْنِ فَالْخُمُسُ، وَلَا شَيْءَ فِي الكَفِّ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يُنْظَرُ إِلَىٰ أَرْشِ الكَفِّ وَالْأُصْبُعِ فَيَكُونُ

قوله: لَا وَجْهَ إِلَىٰ أَنْ يَكُونَ تَبَعًا لِلْأَصَابِعِ لِأَنَّ بَيْنَهُمَا عُضْوًا كَامِلًا، كما لم يجعل إحدى اليدين تابعةً للأخرىٰ، وأمَّا قوله: وَالْيَدُ اسْمٌ لِهٰذِهِ الجَارِحَةِ إِلَى المَنْكِبِ، وقال عليه الصلاة والسلام: «وفي اليدين الدية»، فإنَّ اسم اليد متناول لهذه الجارحة من رؤوس الأصابع إلى الإبط، قلنا: لا نسلِّم لِمَا أنَّ اليد إذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به مفصل الزند بدليل آية السرقة، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَا إِلَىٰ أَنْ يَكُونَ تَبَعًا لِلْكَفِّ، أي لا وجه إلىٰ أن يكون تبعًا للكفِّ لأنَّ الكفَّ تابعٌ للأصابع، وَلَا تَبَعَ لِلتَّبَعِ، لأنه من حيث إنه تبعٌ لا يجب للكفِّ شيءٌ، ومن حيث إنه أصلٌ للساعد وجبَ أن يجب له شيءٌ، فيؤدِّي إلى الجمع بين الواجب وعدمه، ولمَّا لم يكن الساعد تبعًا لا إلى الأصابع ولا إلى الكفِّ وجب اعتباره أصلًا، إذ لا وجهَ

عَلَيْهِ الأَكْثَرُ، وَيَدْخُلُ القَلِيلُ فِي الكَثِيرِ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَىٰ الجَمْعِ بَيْنَ الأَرْشَيْنِ لِأَنَّ الكُلَّ شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَلَا إِلَىٰ إِهْدَارِ أَحَدِهِمْ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَصْلٌ مِنْ وَجْهٍ فَرَجَّحْنَا بِالْكَثْرَةِ. وَلَهُ أَنَّ الأَصَابِعَ أَصْلٌ وَالْكَفُّ تَابِعٌ حَقِيقَةً وَشَرْعًا، لِأَنَّ البَطْشَ يَقُومُ بِهَا، وَأَوْجَبَ الشَّرْعُ فِي أُصْبُعٍ وَاحِدَةٍ عَشْرًا مِنَ الإِبِلِ، وَالتَّرْجِيحُ مِنْ حَيْثُ الذَّاتِ وَالْحُكْمِ أَوْلَىٰ مِنَ التَّرْجِيحِ مِنْ حَيْثُ مِقْدَارِ الوَاجِبِ (وَلَوْ كَانَ فِي الكَفِّ ثَلَاثَةُ أَصَابِعَ يَجِبُ أَرْشُ الأَصَابِعِ وَلَا شَيْءَ فِي الكَفِّ بِالْإِجْمَاعِ) لِأَنَّ الأَصَابِعَ

إلىٰ إهداره ولم يرد من الشارع فيه شيءٌ مقدَّرٌ فتجبُ فيه حكومة عدلٍ.

قوله: حَقِيقَةً وَشَرْعًا، أمَّا من حيث الحقيقة فلأنَّ البطشَ بالأصابع، وأمَّا من حيث الحكم فلأنَّ الأصبع له أرش مقدَّر والكفُّ ليس له أرش مقدَّر، وما ثبتَ فيه التقدير شرعًا فهو ثابتٌ بالنصِّ، وما لا تقديرَ فيه من الشارع فهو ثابتٌ بالرأي، والرأيُ لا يعارض النصَّ فكان ما ثبت فيه التقدير بالنص أوْلىٰ، وهذا لأنَّ المصيرَ إلى الرأي للضرورة، وهذه الضرورة لا تتحقَّق عند إمكان إيجاب المقدَّر بالنصِّ.

قوله: وَالتَّرْجِيحُ مِنْ حَيْثُ الذَّاتِ وَالْحُكْمِ - أي من حيث الحقيقة والحكم - أَوْلَىٰ مِنَ التَّرْجِيحِ مِنْ حَيْثُ مِقْدَارِ الوَاجِبِ، لأنَّ المصيرَ إلى الترجيح بالكثرة عند المساواة في القوَّة، ولا مساواة بين الرأي والنصِّ فلا يُصار إلى التَّرجيح، هذا إذا بقي أصبع واحدةٌ، وأمَّا إذا لم يبق من الأصبع إلا مفصلٌ واحدٌ ففي ظاهر الرواية عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ يجبُ فيه أرش ذلك المفصل ويجعل الكفَّ تبعًا له، لأنَّ أرش ذلك المفصل مقدَّرٌ وما بقي شيءٌ من الأصل وإن قلَّ فلا حكم للتبع، كما إذا بقي

أُصُولٌ فِي التَّقْوِيمِ، وَلِلْأَكْثَرِ حُكْمُ الكُلِّ فَاسْتَتْبَعَتِ الكَفَّ، كَمَا إِذَا كَانَتِ الأَصَابِعُ قَائِمَةً بِأَسْرِهَا.

قَالَ: (وَفِي الأُصْبُعِ الزَّائِدَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ) تَشْرِيفًا لِلْآدَمِيِّ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ يَدِهِ، وَلَكِنْ لَا مَنْفَعَةَ فِيهِ وَلَا زِينَةَ (وَكَذٰلِكَ السِّنُّ الشَّاغِيَةُ) لِمَا قُلْنَا.

(وَفِي عَيْنِ الصَّبِيِّ وَذَكَرِهِ وَلِسَانِهِ ....

واحدٌ من أصحاب الخطة في المحلَّة لا يعتبَر السكان، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ إذا كان الباقي دون أصبع فإنه يعتبر فيه الأقلُّ والأكثر، فيدخل الأقلُّ في الأكثر لأنَّ أرش الأصبع منصوصٌ عليه، فأمَّا أرش كل مفصل غير منصوصٌ عليه، وإنَّما اعتبرنا ذلك بالمنصوص بنوع رأيٍ وكونه أصلًا باعتبار النصِّ، فإذا لم يرد النصَّ في أرش مفصل واحدةٍ اعتبر فيه الأقلُّ والأكثر، ولكن الأول أصحُّ، كذا في المبسوط، ثمَّ اعلم أنه إذا قطع الكفَّ ولا أصابعَ فيها قال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: فيها حكومة عدلٍ لا يبلغ بِها أرش إصبع، لأنَّ الإصبع الواحدة يتبعها الكفُّ علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ فلا تبلغ قيمة التبع قيمة المتبوع، كذا في الإيضاح.

قوله: وَفِي الأُصْبُعِ الزَّائِدَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ، أي سواءٌ كان في العمد أو في الخطأ، وسواءٌ فيما إذا كان للقاطع إصبع زائدةٌ أم لا، هكذا ذكره في الذخيرة، ولا يقال: بأنَّ قوله عليه الصلاة والسلام: «في كل أصبع كذا» مطلقٌ وهذا أصبعٌ؟ لأنا نقول: إنَّما يفهم من خطابات الشَّرع ما هو معروفٌ ومتفاهمٌ عند الناس، والأصبع الزائدة ليست بِهذه المثابة فلا يتناوله النصُّ.

قوله: وَكَذٰلِكَ السِّنُّ الشَّاغِيَةُ، لِمَا قُلْنَا، إشارة إلىٰ قوله: لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ يَدِهِ، والسنُّ الشَّاغية أيضًا جزءٌ من فمه.

إذَا لَمْ تُعْلَمْ صِحَّتُهُ حُكُومَةُ عَدْلٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ فِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ، لِأَنَّ الغَالِبَ فِيهِ الصِّحَّةُ فَأَشْبَهَ قَطْعَ المَارِنِ وَالْأُذُنِ. وَلَنَا أَنَّ المَقْصُودَ مِنْ هٰذِهِ الأَعْضَاءِ المَنْفَعَةُ، فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ صِحَّتُهَا لَا يَجِبُ الأَرْشُ الكَامِلُ بِالشَّكِّ، وَالظَّاهِرُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلْإِلْزَامِ بِخِلَافِ المَارِنِ وَالأُذُنِ الشَّاخِصَةِ، لِأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الجَمَالُ وَقَدْ فَوَّتَهُ عَلَىٰ الكَمَالِ (وَكَذَا لَوِ اسْتَهَلَّ الصَّبِيُّ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِكَلَامٍ وَإِنَّمَا هُوَ مُجَرَّدُ صَوْتٍ وَمَعْرِفَةُ الصِّحَّةِ فِيهِ بِالْكَلَامِ وَفِي الذَّكَرِ بِالْحَرَكَةِ وَفِي العَيْنِ بِمَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَىٰ النَّظَرِ فَيَكُونُ حُكْمُهُ بَعْدَ ذٰلِكَ حُكْمَ البَالِغِ فِي العَمْدِ وَالْخَطَإِ.

قَالَ: (وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَذَهَبَ عَقْلُهُ أَوْ شَعْرُ رَأْسِهِ دَخَلَ أَرْشُ المُوضِحَةِ فِي الدِّيَةِ) لِأَنَّ بِفَوَاتِ العَقْلِ تَبْطُلُ مَنْفَعَةُ جَمِيعِ الأَعْضَاءِ فَصَارَ كَمَا

قوله: وَفِي عَيْنِ الصَّبِيِّ وَذَكَرِهِ وَلِسَانِهِ إذَا لَمْ تُعْلَمْ صِحَّتُهُ حُكُومَةُ عَدْلٍ، ولا يلزم جواز تحرير الرضيع عن الكفارة لأنه مأمورٌ بتحرير الرقبة والظاهر سلامتها، فيتحقَّقُ الامتثال بتحرير الرضيع فلا يجبُ غيره بالشكِّ، فأمَّا الظاهرُ هنا لا يصلحُ حجةً لإيجاب القصاص والدية فلا يجبان بالشكِّ، علىٰ أنه قال فخر الإسلام رحمه الله تعالىٰ: تأويلُ تحريره عن الكفارة أنه أعْتَقَ ثمَّ عاش حتَّىٰ ظهر سلامة أطرافه، حتَّىٰ لو ماتَ قبل أن تظهر سلامة أطرافه لم يتأدَّ به الكفارة، فأمَّا ههنا بالقطع تنقطعُ طريق معرفة السلامة، فلهذا امتنعَ القصاصُ والدية.

قوله: وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا - أي موضحة - فَذَهَبَ عَقْلُهُ أَوْ شَعْرُ رَأْسِهِ دَخَلَ أَرْشُ

إذَا أَوْضَحَهُ فَمَاتَ، وَأَرْشُ المُوضِحَةِ يَجِبُ بِفَوَاتِ جُزْءٍ مِنَ الشَّعْرِ، حَتَّىٰ لَوْ نَبَتَ يَسْقُطُ، وَالدِّيَةُ بِفَوَاتِ كُلِّ الشَّعْرِ وَقَدْ تَعَلَّقَا بِسَبَبٍ وَاحِدٍ فَدَخَلَ الجُزْءُ فِي الجُمْلَةِ كَمَا إذَا قَطَعَ أُصْبُعَ رَجُلٍ فَشُلَّتْ يَدُهُ. وَقَالَ زُفَرُ: لَا يَدْخُلُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جِنَايَةٌ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ فَلَا يَتَدَاخَلَانِ كَسَائِرِ الجِنَايَاتِ. وَجَوَابُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَإِنْ ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ كَلَامُهُ فَعَلَيْهِ أَرْشُ المُوضِحَةِ مَعَ الدِّيَةِ) قَالُوا: هٰذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الشَّجَّةَ تَدْخُلُ فِي دِيَةِ السَّمْعِ وَالْكَلَامِ وَلَا تَدْخُلُ فِي دِيَةِ البَصَرِ.

المُوضِحَةِ فِي الدِّيَةِ، وقال زفر رحمه الله تعالى: لا يدخل لأنَّهما جنايتان مختلفتان فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات.

قوله: وَأَرْشُ المُوضِحَةِ يَجِبُ بِفَوَاتِ جُزْءٍ مِنَ الشَّعْرِ، حَتَّىٰ لَوْ نَبَتَ يَسْقُطُ، أي لو نَبَت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجبُ شيءٌ، فثبتَ بِهذا أنَّ وجوب أرش الموضحة بسبب فوات الشعر، وكذلك وجوب الدية أيضًا بفوات الشعر كله، عُلِمَ بِهذا أنَّ سببهما شيءٌ واحدٌ وهو فوات الشعر، ولمَّا كان كذلك يدخل الأقلُّ في الأكثر كما إذا قطع الكفَّ مع الأصابع حيثُ يدخل موجب الكفِّ وهو حكومة العدل في أرش الأصابع، وفي المبسوط: وجبَ أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل أنه لو نبتَ الشعر والتأمت فصار كما كان لا يجبُ شيءٌ، وإذا وجبَ كمال بدل النفس باعتبار ذهاب الشعر لا يجب ما دونه باعتباره أيضًا.

قوله: بِسَبَبٍ وَاحِدٍ، وهو فوات الشعر بالشجِّ.

وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا جِنَايَةٌ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ وَالْمَنْفَعَةُ مُخْتَصَّةٌ بِهِ فَأَشْبَهَ الأَعْضَاءَ الْمُخْتَلِفَةَ، بِخِلَافِ العَقْلِ لِأَنَّ مَنْفَعَتَهُ عَائِدَةٌ إِلَىٰ جَمِيعِ الأَعْضَاءِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا. وَوَجْهُ الثَّانِي أَنَّ السَّمْعَ وَالْكَلَامَ مُبْطَنٌ فَيُعْتَبَرُ بِالْعَقْلِ، وَالْبَصَرُ ظَاهِرٌ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ.

قَالَ: (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا مُوضِحَةً فَذَهَبَتْ عَيْنَاهُ فَلَا قِصَاصَ فِي ذٰلِكَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. قَالُوا: وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِيهِمَا (وَقَالَا: فِي المُوضِحَةِ القِصَاصُ) قَالُوا: وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِي العَيْنَيْنِ.

قوله: وَوَجْهُ الثَّانِي أَنَّ السَّمْعَ وَالْكَلَامَ مُبْطَنٌ فَيُعْتَبَرُ بِالْعَقْلِ، فيدخلُ أرش الشجَّة في دية السمع والكلام.

قوله: وَالْبَصَرُ ظَاهِرٌ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ، أي بذهاب العقل، فلذلك لا يدخل أرش الشجة في دية البصر، وقال في الإيضاح: وهذا الفرق لا يتَّضح، وذكر في المبسوط: بعد ما ذكر تعليلُ أبي يوسفَ رحمه الله تعالىٰ، ولكنا نقول: محل السمع غير محل الشجَّة وكذلك محل البصر، وبتفويتهما لا تتبدَّل النفس وإنَّما تجب الدية لتفويت منفعةٍ مقصودةٍ فيكون بمنزلة ذهاب البصر بالشجة.

قوله: قَالُوا: وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِي العَيْنَيْنِ، أي قال المشايخ: علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ ينبغي أن تجب الدية في العينين والأرش في الموضحة، وقوله: قالوا ينبغي أن تجب الدية في العينين، أي قال المشايخ علىٰ قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ يجب القصاصُ في الموضحة والدية في العينين، وإنَّما كرَّر لفظ قالوا

قَالَ: (وَإِنْ قَطَعَ أُصْبُعَ رَجُلٍ مِنَ المِفْصَلِ الأَعْلَىٰ فَشُلَّ مَا بَقِيَ مِنَ الأُصْبُعِ أَوِ اليَدِ كُلِّهَا لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذٰلِكَ) وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِي المِفْصَلِ الأَعْلَىٰ وَفِيمَا بَقِيَ حُكُومَةُ عَدْلٍ (وَكَذٰلِكَ لَوْ كَسَرَ سِنَّ رَجُلٍ فَاسْوَدَّ مَا بَقِيَ) وَلَمْ يَحْكِ خِلَافًا وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِي السِّنِّ كُلِّهِ (وَلَوْ قَالَ: اقْطَعِ المِفْصَلَ وَاتْرُكْ مَا يَبِسَ أَوِ اكْسِرْ القِدْرَ المَكْسُورَ وَاتْرُكِ البَاقِيَ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذٰلِكَ) لِأَنَّ الفِعْلَ فِي نَفْسِهِ مَا وَقَعَ مُوجِبًا لِلْقَوَدِ فَصَارَ كَمَا لَوْ شَجَّهُ مُنَقِّلَةً فَقَالَ: أَشُجُّهُ مُوضِحَةً أَتْرُكُ الزِّيَادَةَ. لَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ أَنَّ الفِعْلَ فِي مَحَلَّيْنِ فَيَكُونُ جِنَايَتَيْنِ مُبْتَدَأَتَيْنِ فَالشُّبْهَةُ فِي إِحْدَاهُمَا لَا تَتَعَدَّىٰ إِلَىٰ الأُخْرَىٰ، كَمَنْ رَمَىٰ إِلَىٰ رَجُلٍ عَمْدًا فَأَصَابَهُ وَنَفَذَ مِنْهُ إِلَىٰ غَيْرِهِ فَقَتَلَهُ يَجِبُ القَوَدُ فِي الأَوَّلِ وَالدِّيَةُ فِي الثَّانِي. وَلَهُ أَنَّ الجِرَاحَةَ الأُولَىٰ سَارِيَةٌ وَالْجَزَاءُ بِالْمِثْلِ،

لأنَّ الأول في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ والثاني في قولهما.

قوله: لَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ، أي فيما إذا شجَّ رجلًا موضحةً فذهبت عيناه، قالا في الموضحة القصاص والدية في العينين.

قوله: وَلَهُ أَنَّ الجِرَاحَةَ الأُولَىٰ سَارِيَةٌ، إلىٰ آخره، أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ يقول: هذه جنايةٌ وسرايتها وقد تعذَّر إيجاب القصاص باعتبار سرايتها فلا يجب القصاص باعتبار أصلها، كما لو قطع مفصلًا فشلَّت الأصبع، وهذا لأنَّ السراية أثر الجناية وهي مع أصل الجناية في حكم فعلٍ واحدٍ، والدليلُ علىٰ أنه سرايةٌ أنَّ فعله أثر في نفسٍ واحدةٍ والسراية عبارة عن آلام متعاقبةٍ من الجناية على البدن وذلك يتحقَّقُ في نفسٍ واحدةٍ

وَلَيْسَ فِي وُسْعِهِ السَّارِي فَيَجِبُ المَالُ، وَلِأَنَّ الفِعْلَ وَاحِدٌ حَقِيقَةً وَهُوَ الحَرَكَةُ القَائِمَةُ، وَكَذَا المَحَلُّ مُتَّحِدٌ مِنْ وَجْهٍ لِاتِّصَالِ أَحَدِهِمَا بِالْآخِرِ فَأَوْرَثَتْ نِهَايَتُهُ شُبْهَةَ الخَطَأِ فِي البِدَايَةِ، بِخِلَافِ النَّفْسَيْنِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَيْسَ مِنْ سِرَايَةِ صَاحِبِهِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَعَ السِّكِّينُ عَلَىٰ

في موضعين، منها كما يتحقَّقُ في الطرف مع أصل النفس إذا ماتَ من الجناية، بخلاف النفسين فإنَّ الفعل في النفس الثانية مباشرةً علىٰ حدةٍ ليسَ بسراية الجناية الأولىٰ، إذ يتصوَّر السراية من نفسٍ إلىٰ نفسٍ فلا بُدَّ من أن يجعل ذلك في حكم فعلٍ على حدةٍ خطأ ثمَّ يعتبر حكم كل فعلٍ بنفسه، أو نقول: أنَّ ذهاب البصر هنا حصلَ بطريق سبيب والفعلُ بقي شجَّةً علىٰ ما كانت، والأصلُ في سراية الأفعال إذا حدثت لم يبق الأول، كالقطع إذا سرىٰ إلى النفس صار قتلًا ولم يبقَ قطعًا، وهٰهنا الشجة لا تنعدمُ بذهاب البصر فكان الفعل الأوَّلُ سببًا إلىٰ فوات البصر بمنزلة حفر البئر والسبب لا يوجب القصاص.

قوله: فَأَوْرَثَتْ نِهَايَتُهُ شُبْهَةَ الخَطَأِ فِي البِدَايَةِ، يعني إذا صارَ لا يوجب القودَ بعاقبة أثر ذلك في البداية.

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَعَ السِّكِّينُ عَلَى الأُصْبُعِ، يعني لو قطع أصبعًا فاضطرب السكين وأصابَ أصبعًا أخرىٰ خطأ منه اقتصَّ في الأولىٰ دون الثانية، لأنَّها قد صارت مقصودةً ونحن نسلِّم أنَّها تصلح مقصودةً، وإنَّما الكلامُ في احتمال الاتحاد وذلك عند السراية يكون وقد وجد، كذا ذكره فخر الإسلام في الجامع الصغير، وفي الإيضاح: بخلاف ما إذا أنسل السكين إلىٰ أصبعٍ أخرىٰ لأنَّ القطعَ في الأخرىٰ ليسَ من أثر الفعل الأوَّل بل الفعل حله مقصودًا فينفرد بحكمه.

الأُصْبُعِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِعْلًا مَقْصُودًا.

قَالَ: (وَإِنْ قَطَعَ أُصْبُعًا فَشُلَّتْ إِلَىٰ جَنْبِهَا أُخْرَىٰ فَلَا قِصَاصَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَٰلِكَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا هُمَا وَزُفَرُ وَالْحَسَنُ: يُقْتَصُّ مِنَ الأُولَىٰ وَفِي الثَّانِيَةِ أَرْشُهَا. وَالْوَجْهُ مِنَ الجَانِبَيْنِ قَدْ ذَكَرْنَاهُ. وَرَوَىٰ ابْنُ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِي المَسْأَلَةِ الأُولَىٰ وَهُوَ مَا إِذَا شُجَّ مُوضِحَةً فَذَهَبَ بَصَرُهُ أَنَّهُ يَجِبُ القِصَاصُ فِيهِمَا لِأَنَّ الحَاصِلَ بِالسِّرَايَةِ مُبَاشَرَةً كَمَا فِي النَّفْسِ وَالْبَصَرُ يَجْرِي فِيهِ القِصَاصُ، بِخِلَافِ الخِلَافِيَّةِ الأَخِيرَةِ لِأَنَّ الشَّلَلَ لَا قِصَاصَ فِيهِ، فَصَارَ الأَصْلُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ

قوله: لِأَنَّهُ لَيْسَ فِعْلًا مَقْصُودًا، أي لأنَّ ذهاب العينين بالسراية في مسئلة الشجة ليسَ فعلًا وراء الشجَّة، فتكون السراية صفة الشجة فيكون الفعل واحدًا، ولا كذلك ههنا لأنَّ قطع الأصبع الأخرىٰ فعلٌ غير الأوَّل، أو يكون معنى قوله: لِأَنَّهُ لَيْسَ فِعْلًا مَقْصُودًا، أنَّ قطع الأصبع الأخرىٰ لا يقصد من الأولىٰ، إذ الخطأ لا يقصد من العمد فلا يمكن أن يجعل الثاني تتمَّةً للأول ونهاية له، فلا يورث الشبهة في الأول لكونهما فعلين متغايرين منفصلًا أحدهما عن الآخر من كل وجهٍ، بخلاف السراية لأنَّها قد تقصد بالفعل فأمكن أن تجعل تتمة الفعل ونهايةً له فيورث السراية شبهةً في أوَّلها.

قوله: وَالْوَجْهُ مِنَ الجَانِبَيْنِ قَدْ ذَكَرْنَاهُ، أي في قوله: ومن شجَّ رجلًا موضحةً فذهب عيناه، إلىٰ آخره.

قوله: بِخِلَافِ الخِلَافِيَّةِ الأَخِيرَةِ، وهيَ قوله: وَإِنْ قَطَعَ أُصْبُعًا فَشُلَّتْ إِلَى جَنْبِهَا أُخْرَىٰ.

عَلَىٰ هٰذِهِ الرِّوَايَةِ أَنَّ سِرَايَةَ مَا يَجِبُ فِيهِ القِصَاصُ إِلَىٰ مَا يُمْكِنُ فِيهِ القِصَاصُ يُوجِبُ الِاقْتِصَاصَ كَمَا لَوْ آلَتْ إِلَىٰ النَّفْسِ وَقَدْ وَقَعَ الأَوَّلُ ظُلْمًا. وَوَجْهُ المَشْهُورِ أَنَّ ذَهَابَ البَصَرِ بِطَرِيقِ التَّسْبِيبِ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّ الشَّجَّةَ بَقِيَتْ مُوجِبَةً فِي نَفْسِهَا وَلَا قَوَدَ فِي التَّسْبِيبِ، بِخِلَافِ السِّرَايَةِ إِلَىٰ النَّفْسِ لِأَنَّهُ لَا تَبْقَىٰ الأُولَىٰ فَانْقَلَبَتِ الثَّانِيَةُ مُبَاشَرَةً.

قَالَ: (وَلَوْ كَسَرَ بَعْضَ السِّنِّ فَسَقَطَتْ فَلَا قِصَاصَ) إِلَّا عَلَىٰ رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ (وَلَوْ أَوْضَحَهُ مُوضِحَتَيْنِ فَتَآكَلَتَا فَهُوَ عَلَىٰ الرِّوَايَتَيْنِ هَاتَيْنِ).

قَالَ: (وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ رَجُلٍ فَنَبَتَتْ مَكَانَهَا أُخْرَىٰ سَقَطَ الأَرْشُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَ: عَلَيْهِ الأَرْشُ كَامِلًا) لِأَنَّ الجِنَايَةَ قَدْ تَحَقَّقَتْ وَالْحَادِثُ نِعْمَةٌ مُبْتَدَأَةٌ مِنَ اللهِ تَعَالَىٰ. وَلَهُ أَنَّ الجِنَايَةَ انْعَدَمَتْ

قوله: كَمَا لَوْ آلَتْ - الجراحة وسرت - إِلَى النَّفْسِ، أي قطع إصبع رجل عمدًا فسرى وماتَ يجبُ القصاص.

قوله: ظُلْمًا، أي عمدًا.

قوله: أَلَا يَرَىٰ أَنَّ الشَّجَّةَ بَقِيَتْ مُوجِبَةً فِي نَفْسِهَا، إيضاحٌ لِمَا أنَّ ذهاب العينين بالسراية بطريق التسبيب لا بطريق المباشرة، إذ لو كان بطريق المباشرة لكان المعتبر ذهاب العينين في إثبات موجبه دون الشجَّة، كما إذا سرى الموضحة إلى النفس لا تبقى الموضحة معتبرةً حتى لا يجب موجبها، بل المعتبر هو الجناية على النفس.

قوله: فَهُوَ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ هَاتَيْنِ، يعني يقتصُّ منه على رواية ابن سماعة عن محمد

مَعْنًىٰ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَلَعَ سِنَّ صَبِيٍّ فَنَبَتَتْ لَا يَجِبُ الأَرْشُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ لَمْ يُفِتْ عَلَيْهِ مَنْفَعَةً وَلَا زِينَةً (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ) لِمَكَانِ الأَلَمِ الحَاصِلِ (وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ غَيْرِهِ فَرَدَّهَا صَاحِبُهَا فِي مَكَانِهَا وَنَبَتَ عَلَيْهِ اللَّحْمُ فَعَلَىٰ القَالِعِ الأَرْشُ بِكَمَالِهِ) لِأَنَّ هٰذَا مِمَّا لَا يُعْتَدُّ بِهِ إِذِ العُرُوقُ لَا تَعُودُ (وَكَذَا إِذَا قَطَعَ أُذُنَهُ فَأَلْصَقَهَا فَالْتَحَمَتْ) لِأَنَّهَا لَا تَعُودُ إِلَىٰ مَا كَانَتْ عَلَيْهِ. (وَمَنْ نَزَعَ سِنَّ رَجُلٍ فَانْتَزَعَ المَنْزُوعَةُ سِنُّهُ سِنَّ النَّازِعِ فَنَبَتَتْ سِنُّ الأَوَّلِ فَعَلَىٰ الأَوَّلِ لِصَاحِبِهِ خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ اسْتَوْفَىٰ بِغَيْرِ حَقٍّ لِأَنَّ المُوجِبَ فَسَادُ المَنْبَتِ وَلَمْ يَفْسُدْ حَيْثُ نَبَتَ مَكَانَهَا أُخْرَىٰ فَانْعَدَمَتِ الجِنَايَةُ،

رحمه الله تعالىٰ، وعلى الرواية المشهورة لا قصاص، كما لو كَسَرَ بعض السنِّ فسقطت.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ - أي فيما إذا قلع سنَّ رجلٍ بالغٍ ثمَّ نبت مكانَها أخرىٰ تجب حكومة العدل - لِمَكَانِ الأَلَمِ الحَاصِلِ، أي يقوَّم وليسَ به هذا الألم ويقوم به هذا الألم فيجبُ ما انتقصَ منه بسبب الألم من القيمة، كذا نقل عن ركن الأئمة الصباغي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: فَعَلَى القَالِعِ الأَرْشُ بِكَمَالِهِ، لأنَّ هذا ممَّا لا يعتدُّ به، قال شيخ الإسلام: وهذا إذا لم تعد إلىٰ حالتها الأولىٰ بعد النبات في المنفعة والجمال، والغالبُ أن لا تعود إلىٰ تلك الحالة، لأنَّ المقلوع لا يلزق بالعصب والعروق في الغالب فيكون وجود هذا النبات والعدم بمنزلةٍ، وأمَّا لو تصوَّر عود الجمال والمنفعة بالإنبات لم يكن على القالع شيءٌ، كما لو نبت السنُّ المقلوعة، كذا في الذخيرة.

وَلِهٰذَا يَسْتَأْنِي حَوْلًا بِالْإِجْمَاعِ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُنْتَظَرَ اليَأْسُ فِي ذٰلِكَ لِلْقِصَاصِ، إلَّا أَنَّ فِي اعْتِبَارِ ذٰلِكَ تَضْيِيعَ الحُقُوقِ فَاكْتَفَيْنَا بِالْحَوْلِ لِأَنَّهُ تَنْبُتُ فِيهِ ظَاهِرًا، فَإِذَا مَضَىٰ الحَوْلُ وَلَمْ تَنْبُتْ قَضَيْنَا بِالْقِصَاصِ، وَإِذَا نَبَتَتْ تَبَيَّنَ أَنَّا أَخْطَأْنَا فِيهِ وَالِاسْتِيفَاءُ كَانَ بِغَيْرِ حَقٍّ، إلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ القِصَاصُ لِلشُّبْهَةِ فَيَجِبُ المَالُ.

قَالَ: (وَلَوْ ضَرَبَ إنْسَانٌ سِنَّ إنْسَانٍ فَتَحَرَّكَتْ يُسْتَأْنَىٰ حَوْلًا) لِيَظْهَرَ أَثَرُ فِعْلِهِ (فَلَوْ أَجَّلَهُ القَاضِي سَنَةً ثُمَّ جَاءَ المَضْرُوبُ وَقَدْ سَقَطَتْ سِنُّهُ فَاخْتَلَفَا قَبْلَ السَّنَةِ فِيمَا سَقَطَ بِضَرْبِهِ فَالْقَوْلُ لِلْمَضْرُوبِ) لِيَكُونَ

قوله: وَلِهٰذَا يَسْتَأْنِي حَوْلًا - أي يؤجل سنةً - بِالْإِجْمَاعِ، ثمَّ هذه الرواية تخالف رواية التَّتمة، وفيها أنَّ في سنِّ البالغ إذا سقطَ ينتظرُ حتَّى يبرأ موضع السنِّ لا الحول وهو الصحيح، لأنَّ نبات سنِّ البالغ نادرٌ فلا يفيد التأجيل، إلا أنه قبل البرء لا يقتصُّ ولا يؤخذ الأرش لأنه لا يدرىٰ عاقبته، وفي الذخيرة: بعض مشايخنا قالوا: الاستيناء حولا في فصل البالغ والصغير جميعًا، لقوله عليه الصلاة والسلام: «في الجراحات كلها يستأنَىٰ حولًا» وفي المجرَّد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: أنه إذا نزع سنَّ إنسان ينبغي للقاضي أن يأخذ ضمينًا من القالع ثمَّ يؤجله سنةً من يوم النزع، فإذا مضت السنة ولم ينبت اقتصَّ منه، قال هشام: قلتُ لمحمد رحمه الله تعالىٰ فيمن ضَرَبَ سنَّ رجل فسقط أينتظر بِها حولًا لعلها تنبت؟ قال: لا، فقلتُ: أقال واحد من أخوانك ينتظر؟ قال: لا، إنَّما ذلك إذا تحركت.

قوله: فَاخْتَلَفَا قَبْلَ السَّنَةِ فِيمَا سَقَطَ بِضَرْبِهِ، أي قال المضروب: سقطت سني من ضربك، فقال الضارب: لا بل من ضرب رِجْلَ آخر، فالقول للمضروب ليكون التأجيل

التَّأْجِيلُ مُفِيدًا، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا شَجَّهُ مُوضِحَةً فَجَاءَ وَقَدْ صَارَتْ مُنَقِّلَةً فَاخْتَلَفَا حَيْثُ يَكُونُ القَوْلُ قَوْلَ الضَّارِبِ لِأَنَّ المُوضِحَةَ لَا تُورِثُ المُنَقِّلَةَ، أَمَّا التَّحْرِيكُ فَيُؤَثِّرُ فِي السُّقُوطِ فَافْتَرَقَا (وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي ذٰلِكَ بَعْدَ السَّنَةِ فَالْقَوْلُ لِلضَّارِبِ) لِأَنَّهُ يُنْكِرُ أَثَرَ فِعْلِهِ وَقَدْ مَضَىٰ الأَجَلُ الَّذِي وَقَّتَهُ القَاضِي لِظُهُورِ الأَثَرِ فَكَانَ القَوْلُ لِلْمُنْكِرِ (وَلَوْ لَمْ تَسْقُطْ لَا شَيْءَ عَلَىٰ الضَّارِبِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تَجِبُ حُكُومَةُ الأَلَمِ، وَسَنُبَيِّنُ الوَجْهَيْنِ بَعْدَ هٰذَا إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ (وَلَوْ لَمْ تَسْقُطْ وَلٰكِنَّهَا اسْوَدَّتْ يَجِبُ الأَرْشُ فِي الخَطَإِ عَلَىٰ العَاقِلَةِ وَفِي العَمْدِ فِي

مفيدًا، لأنَّ التأجيل ما كان إلا ليظهر أثر فعله في تلك المدَّة فكان من ضرورة اعتبار الأجل أن يعتبر قول المضروب إذ لو لم يعتبر فلم يكن مفيدًا، وأمَّا بعد مضي الحول فقد انتهىٰ وقت ظهور الأثر، فالمضروب يدعي على الضارب أنَّ السقوط من أثر فعله وهو مضمون عليه وهو ينكر فكان القول قوله.

قوله: وَسَنُبَيِّنُ الوَجْهَيْنِ بَعْدَ هٰذَا، أي وجه قوله: لَا شَيْءَ عَلَى الضَّارِبِ، ووجه حكومة الألم والموعود بعد هذا، وهو قوله: سقط الأرش عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لزوال الشَّين الموجب، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: أرش الألم لأنَّ الشين وإن زالَ فالألم الحاصل ما زالَ.

قوله: وَلٰكِنَّهَا اسْوَدَّتْ يَجِبُ الأَرْشُ، وفي الذخيرة: ثم إنَّ محمدًا رحمه الله تعالىٰ أوْجَب كمال الأرش باسوداد السنِّ، ولم يفصل بين أن يكون السنُّ من الأضراس التي لا ترىٰ أو من الأسنان التي ترىٰ، قالوا: ويجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل، إن

مَالِهِ، وَلَا يَجِبُ القِصَاصُ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَضْرِبَهُ ضَرْبًا تَسْوَدُّ مِنْهُ (وَكَذَا إِذَا كَسَرَ بَعْضَهُ وَاسْوَدَّ البَاقِي) لَا قِصَاصَ لِمَا ذَكَرْنَا (وَكَذَا لَوِ احْمَرَّ أَوِ اخْضَرَّ) وَلَوِ اصْفَرَّ فِيهِ رِوَايَتَانِ.

قَالَ: (وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَالْتَحَمَتْ وَلَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ وَنَبَتَ الشَّعْرُ سَقَطَ الأَرْشُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِزَوَالِ الشَّيْنِ المُوجِبِ. وَقَالَ

كان السنُّ من الأضراس التي لا ترىٰ فإن فات منفعة المضغ بالاسوداد يجب الأرش كاملًا، وإن لم يفت منفعة المضغ يجب فيه حكومة العدل، لأنَّ منفعته قائمةٌ وجماله ليس بظاهرٍ، فهو كثندوة الرجل فيجب فيه حكومة عدلٍ، وإن كان من الأسنان التي ترىٰ يجب كمال الأرش وإن لم تفت منفعته لأنه فوت جمالًا ظاهرًا على الكمال.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، وهو قوله: لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَضْرِبَهُ ضَرْبًا تَسْوَدُّ مِنْهُ.

قوله: وَكَذَا لَوِ احْمَرَّ أَوِ اخْضَرَّ، أي لا قصاصَ بل يجب الأرش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله وإن اصفرت، روىٰ أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّ فيها حكومة عدلٍ، وذكر هشام في نوادره عن محمَّد عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالىٰ أنه قال في الحرِّ لا يجبُ شيء وفي المملوك حكومة عدلٍ، وعند محمد رحمه الله تعالىٰ فيهما حكم عدلٍ، وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ الجمال على الكمال في بياض السنِّ فبالصفرة انتقص معنى الجمال فيها، ولهذا يجب في المملوك حكم عدلٍ فكذا في الحرِّ، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّ الصفرة من ألوان السنِّ فلا يكون دليل فوت السنِّ، بخلاف السواد فإنه دليل فوته، والمطلوب بالسنِّ في الأحرار المنفعةُ وهيَ قائمةٌ بعد ما اصفرت، وفي المملوك المالية وقد تنقص المالية بالاصفرار، كذا قرَّره في المبسوط.

أَبُو يُوسُفَ: يَجِبُ عَلَيْهِ أَرْشُ الأَلَمِ وَهُوَ حُكُومَةُ عَدْلٍ، لِأَنَّ الشَّيْنَ إِنْ زَالَ فَالْأَلَمُ الحَاصِلُ مَا زَالَ فَيَجِبُ تَقْوِيمُهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ أُجْرَةُ الطَّبِيبِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَزِمَهُ الطَّبِيبُ وَثَمَنُ الدَّوَاءِ بِفِعْلِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ أَخَذَ ذٰلِكَ مِنْ مَالِهِ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ: إِنَّ المَنَافِعَ عَلَىٰ أَصْلِنَا لَا تَتَقَوَّمُ إِلَّا بِعَقْدٍ أَوْ بِشُبْهَةٍ، وَلَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّ الجَانِي فَلَا يَغْرَمُ شَيْئًا. قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا مِائَةَ سَوْطٍ فَجَرَحَهُ فَبَرِئَ مِنْهَا فَعَلَيْهِ أَرْشُ الضَّرْبِ) مَعْنَاهُ: إِذَا بَقِيَ أَثَرُ الضَّرْبِ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَبْقَ أَثَرُهُ

قوله: فَصَارَ كَأَنَّهُ أَخَذَ ذٰلِكَ مِنْ مَالِهِ، لأنه إنَّما لزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله فيرجع عليه.

قوله: إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ يَقُولُ: إِنَّ المَنَافِعَ عَلَىٰ أَصْلِنَا لَا تَتَقَوَّمُ، هذا جوابٌ عن قولهما وهو قوله: فَالْأَلَمُ الحَاصِلُ مَا زَالَ فَيَجِبُ تَقْوِيمُهُ، وقوله: إنما لزمه أجرة الطبيب بفعله، وحاصل الجواب أنَّ تحمل الألم من المنافع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وكذلك معالجة الطبيب والمنافع إنَّما تتقوم بالعقد كما في عقد الإجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة، أو شبهته كما في عقد الإجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة، ولم يوجد أحدهما في حق الجانِي فلا يغرم شيئًا ولا قيمةَ لمجرَّد الألم، ألا ترىٰ أنَّه لو ضربه ضربةً تألم بِها ولم تؤثر فيه لا يجب شيءٌ، أرأيتَ لو شتمه شتمةً أكان عليه أرش باعتبار إيلامٍ حلَّ بقلبه.

قوله: وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا مِائَةَ سَوْطٍ فَجَرَحَهُ فَبَرِئَ مِنْهَا فَعَلَيْهِ أَرْشُ الضَّرْبِ، مَعْنَاهُ: إِذَا بَقِيَ أَثَرُ الضَّرْبِ، وإنَّما قيَّد بقوله: فَجَرَحَهُ، لأنه إذا لم يجرح في الابتداء لا

فَهُوَ عَلَىٰ اخْتِلَافٍ قَدْ مَضَىٰ فِي الشَّجَّةِ الْمُلْتَحِمَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطأً ثُمَّ قَتَلَهُ خَطأً قَبْلَ الْبُرْءِ فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ وَسَقَطَ عَنْهُ أَرْشُ الْيَدِ) لِأَنَّ الْجِنَايَةَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ وَالْمُوجَبُ وَاحِدٌ وَهُوَ الدِّيَةُ وَإِنَّهَا بَدَلُ النَّفْسِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا فَدَخَلَ الطَّرَفُ فِي النَّفْسِ كَأَنَّهُ قَتَلَهُ ابْتِدَاءً.

قَالَ: (وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا جِرَاحَةً لَمْ يُقْتَصَّ مِنْهُ حَتَّىٰ يَبْرَأَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُقْتَصُّ مِنْهُ فِي الْحَالِ اعْتِبَارًا بِالْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الْمُوجَبَ قَدْ تَحَقَّقَ فَلَا يُعَطَّلُ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «يُسْتَأْنَىٰ فِي الْجِرَاحَاتِ سَنَةً» وَلِأَنَّ الْجِرَاحَاتِ يُعْتَبَرُ فِيهَا مَآلُهَا لَا حَالُهَا لِأَنَّ حُكْمَهَا فِي الْحَالِ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَلَعَلَّهَا تَسْرِي إِلَىٰ النَّفْسِ فَيَظْهَرُ أَنَّهُ قَتَلَ وَإِنَّمَا يَسْتَقِرُّ الْأَمْرُ بِالْبُرْءِ.

قَالَ: (وَكُلُّ عَمْدٍ سَقَطَ الْقِصَاصُ فِيهِ بِشُبْهَةٍ فَالدِّيَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ، وَكُلُّ أَرْشٍ وَجَبَ بِالصُّلْحِ فَهُوَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

يجب عليه شيءٌ بالاتفاق، كذا ذكره الإمام الكاكي وقاضي خان رحمه الله تعالىٰ.

قوله: ثُمَّ قَتَلَهُ، أي خطأً.

قوله: لِأَنَّ الْجِنَايَةَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، من حيثُ إنَّها خطأ.

قوله: وَكُلُّ عَمْدٍ سَقَطَ الْقِصَاصُ فِيهِ بِشُبْهَةٍ، كقتل الأب ابنه عمدًا.

وَالسَّلَامُ - «لَا تَعْقِلُ العَوَاقِلُ عَمْدًا» الحَدِيثُ. وَهٰذَا عَمْدٌ، غَيْرَ أَنَّ الأَوَّلَ يَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لِأَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِالْقَتْلِ ابْتِدَاءً فَأَشْبَهَ شِبْهَ العَمْدِ. وَالثَّانِي يَجِبُ حَالًّا لِأَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِالْعَقْدِ فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ فِي البَيْعِ. قَالَ: (وَإِنْ قَتَلَ الأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا فَالدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: تَجِبُ حَالَّةً لِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ مَا يَجِبُ بِالْإِتْلَافِ يَجِبُ حَالًّا، وَالتَّأْجِيلُ لِلتَّخْفِيفِ فِي الخَاطِئِ وَهٰذَا عَامِدٌ فَلَا يَسْتَحِقُّهُ، وَلِأَنَّ المَالَ وَجَبَ جَبْرًا لِحَقِّهِ، وَحَقُّهُ فِي نَفْسِهِ حَالٌّ

قوله: الحَدِيثُ، ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعتِرافًا ولا ما دون أرش الموضحة، وقوله: ولا عبدًا، أي لا تعقل عاقلة الإنسان ما جنىٰ على عبدٍ فيما دون النفس، لأنَّ أطراف العبد يسلك بِها مسلك الأموال والعاقلة لا تعقلُ الجنايات المالية، حتَّىٰ لو قتل عبد إنسان خطأً فالقيمة على العاقلة، لأنَّها بدل الدَّم ودم العبد لا يسلك بِها مسلك الأموال، وقد قيل: أنَّ المراد منه أنَّ العبد إذا جنىٰ جنايةً فالمولىٰ هو الذي يلزمه الدفع أو الفداء دون عاقلة المولىٰ، كذا في الأوضح.

قوله: لِأَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِالْقَتْلِ ابْتِدَاءً، أي لا بمعنًى يحدث بعد القتل كالصلح على المال.

قوله: وَإِنْ قَتَلَ الأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا فَالدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، فإن قيل: لمَّا وجبَ المالُ يجبُ غسله لأنَّ وجوب المال يمنع الشهادة، قيل: وجب القصاص هٰهنا لأنه عمد، إلَّا أنه تعذَّر استيفاؤه لشرف الأبوة فوَجَب البدل كيلا يهدر الدم وللبدل حكم المبدل، وقال القاضي الإمام أبو زيد رحمه الله تعالىٰ: يجبُ القصاص على الصبيِّ كما تجب عليه أروش الجنايات وضمان المتلفات، إلا أنه سقطَ لكونه مظنَّةً للمرحمة.

فَلَا يَنْجَبِرُ بِالْمُؤَجَّلِ. وَلَنَا أَنَّهُ مَالٌ وَاجِبٌ بِالْقَتْلِ فَيَكُونُ مُؤَجَّلًا كَدِيَةِ الخَطَإِ وَشِبْهِ العَمْدِ، وَهٰذَا لِأَنَّ القِيَاسَ يَأْبَىٰ تَقَوُّمَ الآدَمِيِّ بِالْمَالِ لِعَدَمِ التَّمَاثُلِ، وَالتَّقْوِيمُ ثَبَتَ بِالشَّرْعِ وَقَدْ وَرَدَ بِهِ مُؤَجَّلًا لَا مُعَجَّلًا فَلَا يَعْدُلُ عَنْهُ لَا سِيَّمَا إِلَىٰ زِيَادَةٍ، وَلَمَّا لَمْ يَجُزِ التَّغْلِيظُ بِاعْتِبَارِ العَمْدِيَّةِ قَدْرًا لَا يَجُوزُ وَصْفًا (وَكُلُّ جِنَايَةٍ اعْتَرَفَ بِهَا الجَانِي فَهِيَ فِي مَالِهِ وَلَا يَصْدُقُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الإِقْرَارَ لَا يَتَعَدَّىٰ المُقِرَّ لِقُصُورِ وِلَايَتِهِ عَنْ غَيْرِهِ فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ العَاقِلَةِ.

قَالَ: (وَعَمْدُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ خَطأٌ وَفِيهِ الدِّيَةُ) عَلَىٰ العَاقِلَةِ، وَكَذٰلِكَ كُلُّ جِنَايَةٍ مُوجَبُهَا خَمْسُمِائَةٍ فَصَاعِدًا وَالْمَعْتُوهُ كَالْمَجْنُونِ

قوله: لِأَنَّ القِيَاسَ يَأْبَىٰ تَقَوُّمَ الآدَمِيِّ بِالْمَالِ لِعَدَمِ التَّمَاثُلِ، لأنَّ الآدميَّ مالكٌ مبتذلٌ والمال مملوكٌ مبتذلٌ فلا يتماثلان.

قوله: لَا سِيَّمَا إِلَىٰ زِيَادَةٍ، المعجَّل زائدٌ على المؤجل من حيث الوصف في المالية، ألا ترىٰ أنَّ في العرف يشترىٰ الشيء بالنسيئة بأكثرَ ممَّا يشترىٰ بالنقد، فإيجاب الحال بالقتل يكون زيادةً علىٰ ما أوْجَبَه الشَّرعُ معنًى، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَمَّا لَمْ يَجُزِ التَّغْلِيظُ بِاعْتِبَارِ العَمْدِيَّةِ قَدْرًا - أي لم تجز الزيادة علىٰ عشرة آلاف درهم - لَا يَجُوزُ وَصْفًا، لأنَّ الوصف تبع القدر.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تعقلُ العاقلةُ عمدًا ولا اعترافًا».

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: عَمْدُهُ عَمْدٌ حَتَّىٰ تَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ حَالَّةً) لِأَنَّهُ عَمْدٌ حَقِيقَةً، إِذِ العَمْدُ هُوَ القَصْدُ غَيْرَ أَنَّهُ تَخَلَّفَ عَنْهُ أَحَدُ حُكْمَيْهِ وَهُوَ القِصَاصُ فَيَنْسَحِبُ عَلَيْهِ حُكْمُهُ الآخَرُ وَهُوَ الوُجُوبُ فِي مَالِهِ، وَلِهٰذَا تَجِبُ الكَفَّارَةُ بِهِ، وَيَحْرُمُ عَنِ المِيرَاثِ عَلَىٰ أَصْلِهِ لِأَنَّهُمَا يَتَعَلَّقَانِ بِالْقَتْلِ. وَلَنَا مَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّهُ جَعَلَ عَقْلَ المَجْنُونِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ، وَقَالَ: عَمْدُهُ وَخَطَؤُهُ سَوَاءٌ، وَلِأَنَّ الصَّبِيَّ مَظِنَّةُ المَرْحَمَةِ، وَالْعَاقِلُ الخَاطِئُ لَمَّا اسْتَحَقَّ التَّخْفِيفَ حَتَّىٰ وَجَبَتِ الدِّيَةُ عَلَىٰ العَاقِلَةِ فَالصَّبِيُّ وَهُوَ أَعْذَرُ أَوْلَىٰ بِهٰذَا التَّخْفِيفِ. وَلَا نُسَلِّمُ تَحَقُّقَ العَمْدِيَّةِ فَإِنَّهَا تَتَرَتَّبُ عَلَىٰ العِلْمِ وَالْعِلْمُ بِالْعَقْلِ، وَالْمَجْنُونُ عَدِيمُ العَقْلِ وَالصَّبِيُّ قَاصِرُ العَقْلِ فَأَنَّىٰ يَتَحَقَّقُ مِنْهُمَا القَصْدُ وَصَارَ كَالنَّائِمِ. وَحِرْمَانُ المِيرَاثِ عُقُوبَةٌ، وَهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ العُقُوبَةِ وَالْكَفَّارَةُ كَاسْمِهَا سَتَّارَةٌ: وَلَا ذَنْبَ تَسْتُرُهُ لِأَنَّهُمَا مَرْفُوعَا القَلَمِ.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: عَمْدُهُ عَمْدٌ، أي عمد كل واحد منهم.

قوله: وَلِهٰذَا تَجِبُ الكَفَّارَةُ بِهِ، أي بهذا القتل، وقيل: أي بالمال، وإنَّما قيَّد به لأنَّهم أجمعوا أنَّ التكفير بالصوم لا يجب.

قوله: عَلَىٰ أَصْلِهِ، أي ثبت الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث علىٰ أصل الشافعي رحمه الله تعالى لأنَّهما يتعلقان بالقتل، والله تعالى أعلم.

فَصْلٌ فِي الجَنِينِ

قَالَ: (وَإِذَا ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَةٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا فَفِيهِ غُرَّةٌ وَهِيَ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: مَعْنَاهُ دِيَةُ الرَّجُلِ، وَهٰذَا فِي الذَّكَرِ، وَفِي الأُنْثَىٰ عُشْرُ دِيَةِ المَرْأَةِ وَكُلٌّ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجِبَ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لَمْ يُتَيَقَّنْ بِحَيَاتِهِ، وَالظَّاهِرُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلِاسْتِحْقَاقِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَالَ «فِي الجَنِينِ غُرَّةٌ: عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ قِيمَتُهُ خَمْسُمِائَةٍ» وَيُرْوَىٰ «أَوْ خَمْسُمِائَةٍ» فَتَرَكْنَا القِيَاسَ بِالْأَثَرِ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَىٰ مَنْ قَدَّرَهَا بِسِتِّمِائَةٍ نَحْوُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ (وَهِيَ عَلَىٰ العَاقِلَةِ) عِنْدَنَا إِذَا كَانَتْ

فصل في الجنين

قوله: فَفِيهِ غُرَّةٌ وَهِيَ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، غرَّة المال خياره، كالفرس والبعير والبخت والعبد والأمة الفارهة، كذا في المغرب، وفي مبسوط شيخ الإسلام: سمَّىٰ بدل الجنين غرَّةً لأنَّ الواجبَ عبدٌ والعبد يسمَّىٰ غرةً، وقيل: لأنه أوَّل مقدارٍ ظهرَ في باب الدية، وغرَّة الشيء أوَّله كما سُمِّيَ أول الشهر غرةً، وسُمِّيَ وجه الإنسان غرةً لأنَّ أول شيء يظهر منه الوجه.

قوله: وَهِيَ عَلَى العَاقِلَةِ، عِنْدَنَا إِذَا كَانَتْ خَمْسَمِائَةِ دِرْهَمٍ، قيل: معناه لمَّا كانت

خَمْسَمِائَةِ دِرْهَمٍ. وَقَالَ مَالِكٌ: فِي مَالِهِ لِأَنَّهُ بَدَلُ الجُزْءِ. وَلَنَا أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «قَضَىٰ بِالْغُرَّةِ عَلَىٰ العَاقِلَةِ» ، وَلِأَنَّهُ بَدَلُ النَّفْسِ وَلِهٰذَا سَمَّاهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - دِيَةً حَيْثُ قَالَ «دُوهُ» وَقَالُوا: «أَنَدِي مَنْ لَا صَاحَ وَلَا اسْتَهَلَّ» الحَدِيثُ، إِلَّا أَنَّ العَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ مَا دُونَ خَمْسِمِائَةٍ. (وَتَجِبُ فِي سَنَةٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -:

خمس مائة درهم، وقيل: هذا احترازٌ عن جنين الأمة إذا كانت لا تبلغ خمس مائة درهم، لكن هذا القيد إنَّما يفيد إذا وجب غرَّة جنين الأمة على العاقلة عند بلوغها خمسَ مائة درهم، وما يجب في جنين الأمة هو من مال الضارب مطلقًا، كذا في الإيضاح والذخيرة، فلا يفيد القيدَ حينئذٍ هذه الفائدة.

قوله: **لِأَنَّهُ بَدَلُ الجُزْءِ**، أي جزءٍ للأمِّ، ولهذا لا يصلَّىٰ عليه ولا يسمَّىٰ ولا يرثُ.

قوله: **وَلِهٰذَا سَمَّاهُ رَسُوْلُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دِيَةً حَيْثُ قَالَ «دُوهُ»**، أي أدُّوا ديته، سمَّى الواجب في بدله ديةً وهو اسمٌ لبدل النفس فإنَّ امرأةً ضربت بطن صاحبتها بعمود فسطاط فألقت جنينًا ميِّتًا فاختصمَ أولياؤها إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة: «دوه» فقالوا: أَندي من لا صاحَ ولا استهلَّ ولا شربَ ولا أكلَ؟ ومثل دمه بطلَ فقال عليه الصلاة والسلام: «سجعٌ كسجع الكهان، قوموا فدوه».

قوله: **إِلَّا أَنَّ العَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ مَا دُونَ خَمْسِمِائَةٍ**، يعني أنه عليه الصلاة والسلام لمَّا سمَّاها ديةً وهيَ بدل النفس كان ينبغي أن تتحملها العاقلة وإن كان دون خمسَ مائةٍ، لأنَّ بدل النفس يتحمله العاقلة أقلَّ أو أكثر، إلا أنَّ الغرَّة بدل الجزء من وجهٍ، فلهذا لم يتحمله العاقلة إذا لم يبلغ خمس مائةٍ.

فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لِأَنَّهُ بَدَلُ النَّفْسِ وَلِهٰذَا يَكُونُ مَوْرُوثًا بَيْنَ وَرَثَتِهِ. وَلَنَا مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الحَسَنِ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ قَالَ: «بَلَغَنَا أَنَّ رَسُولَ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - جَعَلَهُ عَلَىٰ العَاقِلَةِ فِي سَنَةٍ» وَلِأَنَّهُ إِنْ كَانَ بَدَلَ النَّفْسِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ نَفْسٌ عَلَىٰ حِدَةٍ فَهُوَ بَدَلُ العُضْوِ مِنْ حَيْثُ الِاتِّصَالُ بِالْأُمِّ فَعَمِلْنَا بِالشَّبَهِ الأَوَّلِ فِي حَقِّ التَّوْرِيثِ، وَبِالثَّانِي فِي حَقِّ التَّأْجِيلِ إِلَىٰ سَنَةٍ، لِأَنَّ بَدَلَ العُضْوِ إِذَا كَانَ ثُلُثَ الدِّيَةِ أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ العُشْرِ يَجِبُ فِي سَنَةٍ، بِخِلَافِ أَجْزَاءِ الدِّيَةِ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْهَا عَلَىٰ مَنْ وَجَبَ يَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ (وَيَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَىٰ) لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ فِي الحَيَّيْنِ إِنَّمَا ظَهَرَ التَّفَاوُتُ لِتَفَاوُتِ مَعَانِي الآدَمِيَّةِ وَلَا تَفَاوُتَ فِي الجَنِينِ فَيُقَدَّرُ بِمِقْدَارٍ وَاحِدٍ

قوله: لِأَنَّ بَدَلَ العُضْوِ إِذَا كَانَ ثُلُثَ الدِّيَةِ أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ العُشْرِ، أكثرَ بالنصب على البدل من أقلَّ هو الصحيح، لكن التقريب إنَّما يتأتَّىٰ أن لو كان نصف العشر واجبًا في سنةٍ، لأنَّ الغرَّة مقدَّرةٌ بنصف العشر ولم يتعرَّض له، إلا أنه لمَّا كان أكثرَ من نصف العشر مؤجلًا سنةً فأوْلىٰ أن يكون نصف العشر مؤجلًا بها.

قوله: بِخِلَافِ أَجْزَاءِ الدِّيَةِ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْهَا عَلَىٰ مَنْ وَجَبَ يَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، كما لو اشتركَ عشرون رجلًا فى قتل رجلٍ خطأً يجب علىٰ كلِّ واحدٍ منهم نصف عشر الدية في ثلاث سنين.

قوله: لِتَفَاوُتِ مَعَانِي الآدَمِيَّةِ، أي المالكية، وفي الإيضاح: إنَّ تفضيلَ بدل الذكر علىٰ بدل الأنثىٰ باعتبار تفاضل ما بينهما في المالكية، فإنَّ الذكر مالكٌ مالًا ونكاحًا

وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ. (فَإِنْ أَلْقَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ) لِأَنَّهُ أَتْلَفَ حَيًّا بِالضَّرْبِ السَّابِقِ (وَإِنْ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا ثُمَّ مَاتَتِ الأُمُّ فَعَلَيْهِ دِيَةٌ بِقَتْلِ الأُمِّ وَغُرَّةٌ بِإِلْقَائِهَا) وَقَدْ صَحَّ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَضَىٰ فِي هٰذَا بِالدِّيَةِ وَالْغُرَّةِ» (وَإِنْ مَاتَتِ الأُمُّ مِنَ الضَّرْبَةِ ثُمَّ خَرَجَ الجَنِينُ بَعْدَ ذٰلِكَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيْهِ دِيَةٌ فِي الأُمِّ وَدِيَةٌ فِي الجَنِينِ) لِأَنَّهُ قَاتِلُ شَخْصَيْنِ (وَإِنْ مَاتَتْ ثُمَّ أَلْقَتْ مَيِّتًا فَعَلَيْهِ دِيَةٌ فِي الأُمِّ وَلَا شَيْءَ فِي الجَنِينِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ الغُرَّةُ فِي الجَنِينِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَوْتُهُ بِالضَّرْبِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَلْقَتْهُ مَيِّتًا وَهِيَ حَيَّةٌ. وَلَنَا أَنَّ مَوْتَ الأُمِّ أَحَدُ سَبَبَي مَوْتِهِ لِأَنَّهُ يَخْتَنِقُ بِمَوْتِهَا إِذْ تَنَفُّسُهُ بِتَنَفُّسِهَا فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ بِالشَّكِّ. قَالَ: (وَمَا يَجِبُ فِي الجَنِينِ مَوْرُوثٌ عَنْهُ) لِأَنَّهُ بَدَلُ نَفْسِهِ فَيَرِثُهُ وَرَثَتُهُ (وَلَا يَرِثُهُ الضَّارِبُ، حَتَّىٰ لَوْ ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَتِهِ فَأَلْقَتْ ابْنَهُ مَيِّتًا فَعَلَىٰ عَاقِلَةِ الأَبِ غُرَّةٌ وَلَا يَرِثُ مِنْهَا) لِأَنَّهُ قَاتِلٌ بِغَيْرِ حَقٍّ مُبَاشَرَةً وَلَا مِيرَاثَ لِلْقَاتِلِ.

والأنثىٰ مالكةٌ مالًا مملوكةٌ نكاحًا فكان التفاوت بينهما فيما هو من خصائص الآدمية، وهذا المعنىٰ مؤثِّر في التفاوت في البدل، وهذا المعنى معدومٌ في الجنين لأنه لا مالكيةَ في الجنين، فإذا لم يتفاوتا استويا في البدل، وإنَّما يجبُ ضمان الجنين باعتبار قطع النشو، والأنثىٰ في معنى النشو تساوي الذكرَ، ورُبَّما تكون الأنثىٰ أسرَع نشوًا كما بعد الانفصال، فلهذا جوَّزنا تفضيل الأنثىٰ على الذكر لو تصوَّر.

قَالَ: (وَفِي جَنِينِ الأَمَةِ إِذَا كَانَ ذَكَرًا نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا وَعُشْرُ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ أُنْثَىٰ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِيهِ عُشْرُ قِيمَةِ الأُمِّ، لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْ وَجْهٍ، وَضَمَانُ الأَجْزَاءِ يُؤْخَذُ مِقْدَارُهَا مِنَ الأَصْلِ. وَلَنَا أَنَّهُ بَدَلُ نَفْسِهِ لِأَنَّ ضَمَانَ الطَّرَفِ لَا يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ ظُهُورِ النُّقْصَانِ، ....

قوله: وَفِي جَنِينِ الأَمَةِ، أي الذي لا تحمله من مولاها ولا من المغرور، لأنَّ الحمل من أحدهما حرٌّ فتجبُ الغرَّة ذكرًا كان أو أنثىٰ.

قوله: إِذَا كَانَ ذَكَرًا نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا وَعُشْرُ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ أُنْثَىٰ، بيان هذا أنه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتًا علىٰ لونه وهيأته لو كان حيًّا فينظر كم قيمته بِهذا المكان، فإذا ظهر قيمة الكل بعد هذا إن كان ذكرًا فوجب نصف عشر قيمته، وإن كان أنثىٰ يجب عشر قيمته، ولو ضاعَ الجنين ولم يمكن تقويمه باعتبار لونه وهيأته علىٰ تقدير أنه حيٌّ ووقع التنازع في قيمته بين الضارب وبين مولى الأمة المضروبة كان القول قول الضارب لإنكاره الزيادةَ، كمن قتل عبدًا خطأً ولم يشاهده القاضي قبل قتله حتَّىٰ عجز عن تقويمه باعتبار حاله وهيأته لو كان حيًّا ووقعت المنازعة بين صاحب القتيل والقاتل يجعل القول قول القاتل مع اليمين، كذا هنا، فإن قيل: رُبَّما لا يمكن الوقوفُ علىٰ ذكورة الجنين وأنوثته فما ذا يجبُ؟ قلنا: نأخذ بالمتيقَّن كمن قتلَ عبدًا خطأً والمقتولُ خنثىٰ مشكلٌ فإنه يجب المتيقَّن كذا هنا، كذا في الذخيرة.

قوله: لِأَنَّ ضَمَانَ الطَّرَفِ لَا يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ ظُهُورِ النُّقْصَانِ، حتَّىٰ إنه لو لم يظهر فيه النقصان لا يجبُ، كما لو قَلَع سِنًّا فنبتَ مكانه آخر لم يجب شيءٌ، وههنا يجب بدل الجنين، وإن لم يكن في الأمِّ نقصان دلَّ أنَّ وجوبه باعتبار معنًى.

وَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي ضَمَانِ الجَنِينِ فَكَانَ بَدَلَ نَفْسِهِ فَيُقَدَّرُ بِهَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجِبُ ضَمَانُ النُّقْصَانِ لَوِ انْتَقَصَتِ الأُمُّ اعْتِبَارًا بِجَنِينِ البَهَائِمِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الضَّمَانَ فِي قَتْلِ الرَّقِيقِ ضَمَانُ مَالٍ عِنْدَهُ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، فَصَحَّ الِاعْتِبَارُ عَلَىٰ أَصْلِهِ.

قَالَ: (فَإِنْ ضُرِبَتْ فَأَعْتَقَ المَوْلَىٰ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ أَلْقَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَفِيهِ قِيمَتُهُ حَيًّا وَلَا تَجِبُ الدِّيَةُ وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ العِتْقِ) لِأَنَّهُ قَتَلَهُ بِالضَّرْبِ السَّابِقِ وَقَدْ كَانَ فِي حَالَةِ الرِّقِّ فَلِهٰذَا تَجِبُ القِيمَةُ دُونَ الدِّيَةِ، وَتَجِبُ قِيمَتُهُ حَيًّا لِأَنَّهُ بِالضَّرْبِ صَارَ قَاتِلًا إِيَّاهُ وَهُوَ حَيٌّ فَنَظَرْنَا إِلَىٰ حَالَتَيِ السَّبَبِ وَالتَّلَفِ. وَقِيلَ: هٰذَا عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ تَجِبُ قِيمَتُهُ مَا بَيْنَ

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ - أي بظهور النقصان - فِي ضَمَانِ الجَنِينِ، بدليل أنه يجب ضمان الجنين وإن لم يظهر في الأمِّ نقصان.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: يَجِبُ ضَمَانُ النُّقْصَانِ لَوِ انْتَقَصَتِ الأُمُّ، وفي المبسوط: ثمَّ وجوب البدل في جنين الأمة قولُ أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ وهو الظَّاهر من قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، وعنه في روايةٍ أنه لا يجب إلا ضمان نقصان الأمِّ إن تمكَّن فيه نقصٌ، فإن لم يتمكَّن لا يجبُ شيءٌ كما في جنين البهيمة، لأنَّ الضمان في قتل الرقيق عنده ضمانُ مالٍ حتَّىٰ تجبُ قيمته بالغة مَا بلغت.

قوله: فَنَظَرْنَا إِلَىٰ حَالَتَيِ السَّبَبِ وَالتَّلَفِ، يعني أوْجَبنا القيمةَ دون الديةَ اعتبارًا بحالة الضرب، وأوْجَبنا قيمته حيًّا لا مشكوكًا في حياته اعتبارًا بحالة التلف، ولا يُقال: أنَّ هذا اعتبارًا بحالة الضرب فقط لأنَّ الواجبَ في تلك الحالة قيمته حيًّا أيضًا؟ لأنا نقول:

كَوْنِهِ مَضْرُوبًا إِلَىٰ كَوْنِهِ غَيْرَ مَضْرُوبٍ، لِأَنَّ الإِعْتَاقَ قَاطِعٌ لِلسَّرَايَةِ عَلَىٰ مَا يَأْتِيكَ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (وَلَا كَفَّارَةَ فِي الجَنِينِ) وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ تَجِبُ لِأَنَّهُ نَفْسٌ مِنْ وَجْهٍ فَتَجِبُ الكَفَّارَةُ احْتِيَاطًا. وَلَنَا أَنَّ الكَفَّارَةَ فِيهَا مَعْنَىٰ العُقُوبَةِ وَقَدْ عُرِفَتْ فِي النُّفُوسِ المُطْلَقَةِ فَلَا تَتَعَدَّاهَا وَلِهٰذَا لَمْ يَجِبْ كُلُّ البَدَلِ. قَالُوا: إِلَّا أَنْ يَشَاءَ ذٰلِكَ لِأَنَّهُ ارْتَكَبَ مَحْظُورًا، فَإِذَا تَقَرَّبَ إِلَىٰ اللهِ تَعَالَىٰ كَانَ أَفْضَلَ لَهُ وَيَسْتَغْفِرُ مِمَّا صَنَعَ (وَالْجَنِينُ الَّذِي قَدِ اسْتَبَانَ بَعْضُ خَلْقِهِ بِمَنْزِلَةِ الجَنِينِ التَّامِّ فِي جَمِيعِ هٰذِهِ الأَحْكَامِ) لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ وَلَدٌ فِي حَقِّ أُمُومِيَّةِ الوَلَدِ وَانْقِضَاءِ العِدَّةِ وَالنِّفَاسِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، فَكَذَا فِي حَقِّ هٰذَا الحُكْمِ، وَلِأَنَّ بِهٰذَا القَدْرِ يَتَمَيَّزُ مِنَ العَلَقَةِ وَالدَّمِ فَكَانَ نَفْسَهَا، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

جاز أن لا يكون حيًّا فلا تجبُ قيمته حيًّا هناكَ بل تجب الغرَّة.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الكَفَّارَةَ فِيهَا مَعْنَى العُقُوبَةِ، لأنَّها شُرعت زاجرةً والزجر إنَّما يكون بشيءٍ فيه عقوبةٌ، حتَّىٰ أنَّها تتأدَّىٰ بالمال والمال شقيق الروح فكان إزالة المال منه بمنزلة إزالة الروح، ومن وجه عبادةٌ لتأديته بالصوم.

قوله: فَكَذَا فِي حَقِّ هٰذَا الحُكْمِ، وهو وجوب الغرَّة، والمرأة إذا ضربت بطن نفسها، أو شربت دواء لتطرح الولد متعمِّدَةً، أو عالجت فرْجَها حتى أسقطت الولد، ضمن عاقلتها الغرَّة، إن فعلت بغير إذن الزوج، وإن فعلت بإذنه لا يجب شيءٌ، كذا في الصغرىٰ، والله تعالىٰ أعلم بالصَّواب.

بَابٌ مَا يُحْدِثُهُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ

قَالَ: (وَمَنْ أَخْرَجَ إِلَىٰ الطَّرِيقِ الأَعْظَمِ كَنِيفًا أَوْ مِيزَابًا أَوْ جُرْصُنًا أَوْ بَنَىٰ دُكَّانًا فَلِرَجُلٍ مِنْ عَرَضِ النَّاسِ أَنْ يَنْزِعَهُ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ صَاحِبُ

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قوله: وَمَنْ أَخْرَجَ إِلَى الطَّرِيقِ الأَعْظَمِ كَنِيفًا أَوْ مِيزَابًا أَوْ جُرْصُنًا، الكنيف المستَراح، الجرصُنُ دخيلٌ أي ليسَ بعربيٍّ أصليٍّ، قد اختلف فيه فقيل البرج، وقيل مجرى ماء تركب في الحائط، وعن الإمام البزدوي رحمه الله تعالىٰ: جذع يخرجه الإنسانُ من الحائط ليبنىٰ عليه، كذا في المغرب، وفيه: العُرض بالضم الجانب، وفلان من عرض العشيرة أي من شقِّها لا من ضميمها، ومراد الفقهاء بعد العصبات، وقيل: المراد بالعرض ههنا أبْعَد الناس في المنزلة أي أضعفهم وأرْذَلهم، وذكر الإمام المحبوبي في الجامع الصغير: الجرصُن البُرج الذي يكون في الحائط، ثم قال: الكلام في المسئلة في ثلاثة مواضعٍ: أحدها: أنه هل يحلُّ إحداث هذا في الطريق أم لا؟ والثانِي: في الخصومة في الدفع، والثالث: في ضمان ما يتلف بِهذه الأشياء، أمَّا في الإحداث قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ في شرح هذا الكتاب: فإن كان الإحداث يضرُّ بأهل الطريق ويحول بينهم وبين المرور في الطريق فليسَ له أن يحدث ذلك، وإن كان لا يضرُّ بأحدٍ لسعة الطريق جازَ له إحداثه ما لم يمنع منه، لأنَّ الطريق معدٌّ للتطريق وهو حقُّ العامة وفي إحداث شيءٍ فيما هو حقُّ العامة يعتبَر الضرر، عملًا بقوله عليه الصلاة والسلام:

حَقٌّ بِالْمُرُورِ بِنَفْسِهِ وَبِدَوَابِّهِ فَكَانَ لَهُ حَقُّ النَّقْضِ، كَمَا فِي المِلْكِ المُشْتَرَكِ فَإِنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ حَقُّ النَّقْضِ لَوْ أَحْدَثَ غَيْرُهُمْ فِيهِ شَيْئًا

«لا ضَرَر ولا ضرار في الإسلام» ففيما يتمكَّن فيه الضرر هو اسم في الإضرار بغيره، وفيما لا يتمكَّن فيه الضرر يَتَرَفَّقُ بالمباح ولا يضرُّ، ورُبَّما ينتفع به غيره فالمار ينتفع به من حيث إنه يدفع به الثَّلج والحرَّ والبرد.

وقال الفقيه أبو اللَّيث رحمه الله تعالىٰ: وهذا نظيرُ رجلٍ له علىٰ غيره دينٌ، فإن طالبه صاحب الدين بقضائه لا يسعه أن يؤخره دفعًا للضرر عن صاحب الدين، وإن لم يطالبه كان في سعة من تأخيره، وعلىٰ هذا لو قعد الرجل في الطريق يبيع ويشتري إن كان الطريق واسعًا لا يتضرَّر الناس بقعوده جاز له أن يقعد، وإن كان فيه ضررٌ بالناس لا يجوز له القعود، فأمَّا في الخصومة فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: لكلِّ واحد من عرض الناس أن يمنعه من الوضع وأن يكلفه الرفع بعد الوضع، سواءٌ كان فيه ضرر أو لم يكن إذا وضع بغير إذن الإمام، لأنَّ التدبير فيما يكون حقًّا للعامة إلى الإمام لتسكين الفتنة، فالذي يضع بغير إذن الإمام يفتات على رأي الإمام فيه، فلكلِّ أحد أن يكره عليه، وعلىٰ قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ لكلِّ أحد قبل الوضع أن يمنعه منه لا بعد الوضع، لأنَّ قبل الوضع لكلِّ أحد يدٌ فيه فالذي يحدث يريدُ أن يجعلها في يد نفسه خاصَّةً، فأمَّا بعد الوضع فقد صارَ في يده، فالذي يخاصمه يريد إبطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فيكون متعنِّتًا، وعلىٰ قول محمد رحمه الله تعالىٰ ليسَ له أن يخاصم بالمنع ابتداءً ولا بالدفع انتهاءً إذا لم يكن فيه ضررٌ، لأنَّه مأذونٌ في إحداثه شرعًا فهو كما لو أذن له الإمام فيه، بخلاف ما لو كانت السكة غير نافذةٍ فإنه ممنوعٌ من إحداثه شرعًا وإن لم يكن يتضرَّر به أهل السكة لأنه كالمملوك لهم، وفي الملك المشترك لا يعتبر الضَّرر، وعن أبي القاسم الصفَّار أنه قال إنما يلتفتُ إلىٰ خصومته إذا لم يكن مثل ذلك أي من الجرصن

فَكَذَا فِي الحَقِّ المُشْتَرَكِ.

قَالَ: (وَيَسَعُ لِلَّذِي عَمِلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالْمُسْلِمِينَ) لِأَنَّ لَهُ حَقَّ المُرُورِ وَلَا ضَرَرَ فِيهِ فَلْيُلْحَقْ مَا فِي مَعْنَاهُ بِهِ، إِذِ المَانِعُ مُتَعَنِّتٌ، فَإِذَا أَضَرَّ بِالْمُسْلِمِينَ كُرِهَ لَهُ ذٰلِكَ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الإِسْلَامِ».

وغيره، فإن كان له مثله لا يلتفت إلىٰ خصومته، لأنه لو أراد إزالة الضَّرَر عن الناس ليبدأ بنفسه وحيث لم يبدأ دلَّ أنه متعنِّتٌ وليس بمحتسبٍ، ولا يقضى بالهدم بخصومة العبد والصبيان المحجورين، لأنَّ خصومة المحجور لا تعتبر في ماله وكذلك في مالِ غيره، وإن خاصمه ذميٌّ يقضىٰ عليه بالهدم لأنَّ للذميِّ حقًّا في الطريق، وهذا إذا بنىٰ علىٰ طريق العامة بناءً لنفسه، فإن بنىٰ شيئًا للعامة كالمسجد ونحوه ولا يضرُّ بالمسلمين لا ينقضُ، كذا رُوِيَ عن محمد رحمه الله تعالىٰ، وأمَّا الضمان فنقول الذي أخرجه ضامنٌ لِمَا تلفَ به لأنه متعدٍّ في التسبيب إلى الإتلاف من حيثُ إنه شغلَ بما صنع طريق المسلمين فيضمن، كما لو حفرَ بئرًا علىٰ قارعة الطريق لكن المتلف إن كان آدميًا فالضمان علىٰ عاقلته، وإن جرح إنسانًا إن بلغ أرشه أرش الموضحة يجب على العاقلة، وإذا كان دونه يجب في ماله، وإن أصابَ مالًا فأتلفه فضمانه في ماله.

قوله: إِذِ المَانِعُ مُتَعَنِّتٌ، أي المانعُ من الانتفاع، والمتعنِّت هو الذي يخاصمُ فيما لا ضرَرَ فيه لنفسه ولا لغيره.

قوله: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الإِسْلَامِ»، أي لا يضرُّ الرجل أخاه ابتداءً ولا جزاءً، لأنَّ الضرر يكون بمعنى الضر، وهو يكون من واحد، والضرر من اثنين بمعنى المضارة، وهو أن تضرُّ من ضرَّكَ، كذا في المغرب، والضَّرَر

قَالَ: (وَلَيْسَ لِأَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الدَّرْبِ الَّذِي لَيْسَ بِنَافِذٍ أَنْ يَشْرَعَ كَنِيفًا أَوْ مِيزَابًا إِلَّا بِإِذْنِهِمْ) لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ وَلِهٰذَا وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ لَهُمْ عَلَىٰ كُلِّ حَالٍ، فَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ أَضَرَّ بِهِمْ أَوْ لَمْ يَضُرَّ إِلَّا بِإِذْنِهِمْ. وَفِي الطَّرِيقِ النَّافِذِ لَهُ التَّصَرُّفُ إِلَّا إِذَا أَضَرَّ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الوُصُولُ إِلَىٰ إِذْنِ الكُلِّ، فَجُعِلَ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ كَأَنَّهُ هُوَ المَالِكُ وَحْدَهُ حُكْمًا كَيْ لَا يَتَعَطَّلَ عَلَيْهِ طَرِيقُ الِانْتِفَاعِ، وَلَا كَذٰلِكَ غَيْرُ النَّافِذِ لِأَنَّ الوُصُولَ إِلَىٰ إِرْضَائِهِمْ مُمْكِنٌ فَبَقِيَ عَلَىٰ الشَّرِكَةِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا.

قَالَ: (وَإِذَا أَشْرَعَ فِي الطَّرِيقِ رَوْشَنًا أَوْ مِيزَابًا أَوْ نَحْوَهُ فَسَقَطَ عَلَىٰ إِنْسَانٍ فَعَطِبَ فَالدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ) لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِتَلَفِهِ مُتَعَدٍّ بِشَغْلِهِ

في الجزاء هو أن يتعدّى المجازي علىٰ قدر حقِّه في القصاص أو غيره، الدَّرب: الباب الواسع على السكَّة، والمراد به في قوله: زقاق أو درب غير نافذ، السكَّة الواسعة نفسها، كذا في المغرب.

قوله: لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ، أي الغالب أنَّها مملوكة، وذكر الإمام الكسائي رحمه الله تعالىٰ: إلا أن يأذن جميع أهل الدرب، لأنَّها مملوكةٌ لهم هذا هو الغالب، وفي الجامع الصغير لفخر الإسلام رحمه الله تعالىٰ: المراد بغير النافذة المملوكة، وليسَ ذلك بعلة الملك فقد تنفَّذ وهيَ مملوكةٌ، وقد يسدُّ منفذها وهيَ للعامة، ولكن ذلك دليلٌ على الملك غالبًا فأقيمَ مقامه ووجبَ العمل به حتّىٰ يدل الدليل على إخلافه.

قوله: رَوْشَنًا، الروشن المَمَرُّ على العلو وهو مثل الرفِّ، كذا في المغرب، وقيل: الروشن الخشبة الموضوعة علىٰ جداري السطحين ليتمكَّن من المرور.

هَوَاءَ الطَّرِيقِ، وَهٰذَا مِنْ أَسْبَابِ الضَّمَانِ وَهُوَ الأَصْلُ، وَكَذٰلِكَ إِذَا سَقَطَ شَيْءٌ مِمَّا ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ البَابِ (وَكَذَا إِذَا تَعَثَّرَ بِنَقْضِهِ إِنْسَانٌ أَوْ عَطِبَتْ بِهِ دَابَّةٌ، وَإِنْ عَثَرَ بِذٰلِكَ رَجُلٌ فَوَقَعَ عَلَىٰ آخَرَ فَمَاتَا فَالضَّمَانُ عَلَىٰ الَّذِي أَحْدَثَهُ فِيهِمَا) لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالدَّافِعِ إِيَّاهُ عَلَيْهِ (وَإِنْ سَقَطَ المِيزَابُ بِطَرَفَانِ أَصَابَ مَا كَانَ مِنْهُ فِي الحَائِطِ رَجُلًا فَقَتَلَهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِيهِ لِمَا أَنَّهُ وَضَعَهُ فِي مِلْكِهِ (وَإِنْ أَصَابَهُ مَا كَانَ خَارِجًا مِنَ الحَائِطِ فَالضَّمَانُ عَلَىٰ الَّذِي وَضَعَهُ فِيهِ) لِكَوْنِهِ مُتَعَدِّيًا فِيهِ، وَلَا ضَرُورَةَ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُرَكِّبَهُ فِي الحَائِطِ وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ، وَلَا يُحْرَمُ عَنِ المِيرَاثِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَاتِلٍ حَقِيقَةً (وَلَوْ أَصَابَهُ الطَّرَفَانِ جَمِيعًا وَعَلِمَ ذٰلِكَ وَجَبَ نِصْفُ الدِّيَةِ وَهُدِرَ النِّصْفُ كَمَا إِذَا جَرَحَهُ سَبُعٌ وَإِنْسَانٌ، وَلَوْ لَمْ يُعْلَمْ أَيُّ طَرَفٍ أَصَابَهُ يَضْمَنُ النِّصْفَ) اعْتِبَارًا

قوله: وَكَذَا إِذَا تَعَثَّرَ بِنَقْضِهِ إِنْسَانٌ، أي فعطبَ، وفي بعض النسخ: وكذا إذا عطب بنقضه، أي إنسانٌ فالدية علىٰ عاقلة من أشْرَع الروشن أو غيره.

قوله: وَإِنْ عَثَرَ بِذٰلِكَ - أي بالنقض - رَجُلٌ فَوَقَعَ عَلَىٰ آخَرَ فَمَاتَا فَالضَّمَانُ عَلَى الَّذِي أَحْدَثَهُ فِيهِمَا، أي فضمانُهما علىٰ من أشْرَع الروشن أو غيره.

قوله: اعْتِبَارًا لِلْأَحْوَالِ، أي للحالين، يعني لو اعتبَر الطرفَ الذي في الجدار لا يضمنُ شيئًا، ولو اعتبَر الطرفَ الآخر يضمن الكلَّ فقلنا بضمان النِّصف، وفي فتاوىٰ قاضي خان: وإن لم يعلم أيُّهما أصابه في القياس لا شيءَ عليه لوقوع الشكِّ في الضمان،

لِلْأَحْوَالِ (وَلَوْ أَشْرَعَ جَنَاحًا إِلَىٰ الطَّرِيقِ ثُمَّ بَاعَ الدَّارَ فَأَصَابَ الجَنَاحُ رَجُلًا فَقَتَلَهُ أَوْ وَضَعَ خَشَبَةً فِي الطَّرِيقِ ثُمَّ بَاعَ الخَشَبَةَ وَبَرِئَ إِلَيْهِ مِنْهَا فَتَرَكَهَا المُشْتَرِي حَتَّىٰ عَطِبَ بِهَا إِنْسَانٌ فَالضَّمَانُ عَلَىٰ البَائِعِ) لِأَنَّ فِعْلَهُ وَهُوَ الوَضْعُ لَمْ يَنْفَسِخْ بِزَوَالِ مِلْكِهِ وَهُوَ المُوجِبُ (وَلَوْ وَضَعَ فِي الطَّرِيقِ جَمْرًا فَأَحْرَقَ شَيْئًا يَضْمَنُهُ) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ (وَلَوْ حَرَّكَتْهُ الرِّيحُ إِلَىٰ مَوْضِعٍ آخَرَ ثُمَّ أَحْرَقَ شَيْئًا لَا يَضْمَنُهُ) لِنَسْخِ الرِّيحِ فِعْلَهُ،

وفي الاستحسان يضمن النصف.

قوله: وَبَرِئَ إِلَيْهِ مِنْهَا، أي برئ ممَّا يحدث منه، وهذا التبَري لا ينفعه، لأنه يبرأ من ضمانٍ يجب عليه، وتروٍّ الإنسان عن ضمان يجب عليه للغير باطلٌ وإن كان بعد سبب الوجوب.

قوله: فَالضَّمَانُ عَلَى البَائِعِ، لِأَنَّ فِعْلَهُ وَهُوَ الوَضْعُ لَمْ يَنْفَسِخْ بِزَوَالِ مِلْكِهِ وَهُوَ المُوجِبُ، وكذلك في الجناح وجدت الجناية من البائع لشغل هواء المسلمين بالجناح، وبالبيع لم يزل هذا الشغل فبقيت جنايةً علىٰ حالها، فإن قيل: المشتَري جانٍ أيضًا بالامتناع من الرفع مع تمكنه منه شرعًا؟ قلنا: المشتري غير مباشرٍ ولا مسبِّبٍ لانعدام الفعل منه، وإنَّما صار تاركًا معروفًا فلا يضمنُ، كمن رأىٰ أعمىٰ يقع في البئر فلم يمنعه من الوقوع حتَّىٰ مات، أو رأىٰ إنسانًا يموت من الجوع ومعه طعامٌ فلم يدفعه إليه حتَّىٰ ماتَ، أو وضع رجل حجرًا في الطريق فمرَّ به إنسانٌ وأمكنه الرفع كان عليه أن يرفع، وإن لم يرفعه حتَّىٰ عثر به إنسانٌ وماتَ، لا ضمانَ عليه، لِمَا أنه غير مباشرٌ ولا مسبِّبٌ.

قوله: وَلَوْ حَرَّكَتْهُ الرِّيحُ إِلَىٰ مَوْضِعٍ آخَرَ ثُمَّ أَحْرَقَ شَيْئًا لَا يَضْمَنُهُ، أي لو

وَقِيلَ إِذَا كَانَ اليَوْمُ رِيحًا يَضْمَنُهُ لِأَنَّهُ فَعَلَهُ مَعَ عِلْمِهِ بِعَاقِبَتِهِ وَقَدْ أَفْضَىٰ إِلَيْهَا فَجُعِلَ كَمُبَاشَرَتِهِ.

(وَلَوِ اسْتَأْجَرَ رَبُّ الدَّارِ الفَعَلَةَ لِإِخْرَاجِ الجَنَاحِ أَوِ الظُّلَّةِ فَوَقَعَ فَقَتَلَ إِنْسَانًا قَبْلَ أَنْ يَفْرُغُوا مِنَ العَمَلِ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّ التَّلَفَ بِفِعْلِهِمْ (وَمَا لَمْ يَفْرُغُوا لَمْ يَكُنِ العَمَلُ مُسَلَّمًا إِلَىٰ رَبِّ الدَّارِ) وَهٰذَا لِأَنَّهُ

حركت الريح عين الجمر، وإنَّما قيَّد به لأنَّ عند بعض أصحابنا أنَّ الريح إذا هبت بشررها فأحرقت شيئًا فالضمان عليه في ذلك، لأنَّ الريح إنَّما ذهبت بشررها ولم تذهب بعينها فالعين باقٍ في مكانه، فكانت الجناية باقيةً فكان ضمان ذلك عليه.

قوله: وَقِيلَ إِذَا كَانَ اليَوْمُ رِيحًا يَضْمَنُهُ، هذا اختيار الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ، وكان شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله تعالىٰ لا يقول بالضمان من غير تفصيلٍ، كذا في الذخيرة.

قوله: وَقَدْ أَفْضَىٰ إِلَيْهَا، أي إلىٰ عاقبته وهو الحرق بواسطة الريح، فلا ينفسخ حكم فعله بالانتقال من موضعٍ إلىٰ موضعٍ، لأنه كان عالمًا به بمنزلة الدابة التي جالت في رباطها، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَوِ اسْتَأْجَرَ رَبُّ الدَّارِ الفَعَلَةَ، إلخ، وقال شيخ الإسلام: هو علىٰ وجوهٍ: إن قال مخرج الجناح للأجراء: ابنوا جناحًا لي علىٰ فناء داري فإنه ملكي، أو لي حقُّ إشراع الجناح إليه من القديم ولم يعلم الفعلةَ حتَّىٰ بنوا جناحًا ثمَّ سقطَ فأصابَ شيئًا فالضمانُ على الأجراء، ويرجعون بالضمان علىٰ الآمر قياسًا واستحسانًا، سواءٌ سقطَ قبل الفراغ عن العمل أو بعده، لأنَّ الضمان وجبَ على العامل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليه، كما لو استأجر رجلٌ غيره ليذبح له شاةً ثمَّ استحقت الشاة بعد الذبح

انْقَلَبَ فِعْلُهُمْ قَتْلًا حَتَّىٰ وَجَبَتْ عَلَيْهِمُ الكَفَّارَةُ، وَالْقَتْلُ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي عَقْدِهِ فَلَمْ يَتَسَلَّمْ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ فَاقْتَصَرَ عَلَيْهِمْ (وَإِنْ سَقَطَ بَعْدَ فَرَاغِهِمْ فَالضَّمَانُ عَلَىٰ رَبِّ الدَّارِ اسْتِحْسَانًا) لِأَنَّهُ صَحَّ الِاسْتِئْجَارُ

فللمستحقِّ أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر، كذا هذا، وإن قال المستأجر للأجراء: اشرعوا لي جناحًا علىٰ فناء داري، وأخبَرهم أنه ليسَ له حقُّ إشراع الجناح، أو لم يخبرهم حتَّىٰ بنوا جناحًا بأمره ثمَّ سقط فأتْلَف شيئًا، إن سقطَ قبل فراغهم من العمل فالضمان على الأجراء لم يرجعوا به على الآمر قياسًا واستحسانًا، وإن سقطَ بعد الفراغ من العمل فكذلك علىٰ جواب القياس، لأنَّ المستأجر أمر الأجراء ما لم يملك مباشرته بنفسه، وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر، كما لو استأجر ليذبح شاةَ جارٍ له فذبحَ ثمَّ ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر، وكما لو استأجر ليبنوا له بناءً في وسط الطريق ثمَّ سقط فأتْلَف شيئًا لم يرجعوا به على الآمر، وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر، لأنَّ هذا الأمر صحيحٌ من حيث إنَّ فناء داره مملوكٌ له من وجهٍ علىٰ معنى أنه مباح له الانتفاع بشرط السلامة، ولكن غير صحيحٍ وغير مملوكٍ له من حيث إنه لا يجوز بيعه، فمن حيث إنَّ الأمر صحيحٌ يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل، ومن حيثُ إنه فاسدٌ يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملًا بِهما، وإظهار شبهة الصحَّة بعد الفراغ من العمل أوْلىٰ من إظهاره قبل الفراغ، لأنَّ الأمر إنَّما صحَّ من حيث إنه يملك الانتفاع بفناء داره، وإنَّما تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل، فلذلك كان إظهار شبهة الصحة بعد الفراغ أوْلىٰ من إظهاره قبل الفراغ، كذا ذكره الإمام المحبوبي.

قوله: فَالضَّمَانُ عَلَىٰ رَبِّ الدَّارِ اسْتِحْسَانًا، وفي القياس هذا كالأوَّل، لأنَّهم باشروا إحداث ذلك في الطريق، وصاحب الدار ممنوعٌ من إحداثه، وإنَّما يعتبَر أمره فيما

حَتَّىٰ اسْتَحَقُّوا الأَجْرَ وَوَقَعَ فِعْلُهُمْ عِمَارَةً وَإِصْلَاحًا فَانْتَقَلَ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ فَكَأَنَّهُ فَعَلَ بِنَفْسِهِ فَلِهٰذَا يَضْمَنُهُ (وَكَذَا إِذَا صَبَّ المَاءَ فِي الطَّرِيقِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ أَوْ دَابَّةٌ، وَكَذَا إِذَا رَشَّ المَاءَ أَوْ تَوَضَّأَ) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ بِإِلْحَاقِ الضَّرَرِ بِالْمَارَّةِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا فَعَلَ ذٰلِكَ فِي سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهَا أَوْ قَعَدَ أَوْ وَضَعَ مَتَاعَهُ) لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَفْعَلَ ذٰلِكَ فِيهَا لِكَوْنِهِ مِنْ ضَرُورَاتِ السُّكْنَىٰ كَمَا فِي الدَّارِ المُشْتَرَكَةِ. قَالُوا: هٰذَا إِذَا رَشَّ مَاءً كَثِيرًا بِحَيْثُ يُزْلَقُ بِهِ عَادَةً، أَمَّا إِذَا رَشَّ مَاءً قَلِيلًا كَمَا هُوَ المُعْتَادُ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يُزْلَقُ بِهِ عَادَةً لَا يَضْمَنُ (وَلَوْ تَعَمَّدَ المُرُورَ فِي مَوْضِعِ صَبِّ المَاءِ فَسَقَطَ لَا يَضْمَنُ الرَّاشُّ) لِأَنَّهُ صَاحِبُ عِلَّةٍ. وَقِيلَ: هٰذَا إِذَا رَشَّ بَعْضَ الطَّرِيقِ لِأَنَّهُ يَجِدُ مَوْضِعًا لِلْمُرُورِ لَا أَثَرَ لِلْمَاءِ

له أن يفعل بنفسه.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا فَعَلَ ذٰلِكَ فِي سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ، يعني لو صبَّ الماء أو رشه أو توضَّأ في سكَّةٍ غير نافذةٍ فعطبَ به إنسانٌ، ينظر إن فعلَ ما ليسَ من جملة السكنىٰ كحفر البئر لا يضمنُ حصَّة نفسه ويضمنُ حصَّة شركائه، وإن فعلَ شيئًا من جملة السكنىٰ كما إذا وضعَ خشبةً أو توضَّأ أوْ قعدَ أو أوْقَف دابةً فعطب به إنسانٌ فالقياس كذلك، وفي الاستحسان لا يضمن شيئًا لأنَّ الطريق في سكَّة غير نافذةٍ مملوكٌ لأهل السكَّة مشتَركٌ فيما بينهم، فكان الجواب فيه كالجواب في الدار المشتَركة، فالجواب في الدار المشتَركة أنه إذا أحْدَث أحد الشركاء حدثًا بغير إذن شركائه على التفصيل الذي ذكرنا، كذا ههنا، بخلاف ما إذا كانت السكة نافذةً.

فِيهِ، فَإِذَا تَعَمَّدَ الْمُرُورَ عَلَىٰ مَوْضِعِ صَبِّ الْمَاءِ مَعَ عِلْمِهِ بِذٰلِكَ لَمْ يَكُنْ عَلَىٰ الرَّاشِّ شَيْءٌ، وَإِنْ رَشَّ جَمِيعَ الطَّرِيقِ يَضْمَنُ لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِي الْمُرُورِ؛ وَكَذٰلِكَ الْحُكْمُ فِي الْخَشَبَةِ الْمَوْضُوعَةِ فِي الطَّرِيقِ فِي أَخْذِهَا جَمِيعَهُ أَوْ بَعْضَهُ (وَلَوْ رَشَّ فِنَاءَ حَانُوتٍ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ فَضَمَانُ مَا عَطِبَ عَلَىٰ الآمِرِ اسْتِحْسَانًا. وَإِذَا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَبْنِيَ لَهُ فِي فِنَاءِ حَانُوتِهِ فَتَعَقَّلَ بِهِ إِنْسَانٌ بَعْدَ فَرَاغِهِ فَمَاتَ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَىٰ الآمِرِ اسْتِحْسَانًا، وَلَوْ كَانَ أَمَرَهُ بِالْبِنَاءِ فِي وَسَطِ الطَّرِيقِ فَالضَّمَانُ عَلَىٰ الأَجِيرِ) لِفَسَادِ الأَمْرِ.

قَالَ: (وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ وَضَعَ حَجَرًا فَتَلِفَ بِذٰلِكَ إِنْسَانٌ فَدِيَتُهُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ تَلِفَتْ بِهِ بَهِيمَةٌ فَضَمَانُهَا فِي مَالِهِ) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ فَيَضْمَنُ مَا يَتَوَلَّدُ مِنْهُ، غَيْرَ أَنَّ الْعَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُ النَّفْسَ دُونَ الْمَالِ فَكَانَ ضَمَانُ الْبَهِيمَةِ فِي مَالِهِ وَإِلْقَاءُ التُّرَابِ

قوله: وَإِذَا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَبْنِيَ لَهُ فِي فِنَاءِ حَانُوتِهِ، إلىٰ قوله: يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الآمِرِ اسْتِحْسَانًا، هذا إذا لم يكن الفناء مملوكًا للمستأجر، الفناء سعةٌ أمام البيوت، وقيل: ما امتدَّت من جوانبها، كذا في المغرب، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: الفناء ما أُعِدَّ لحوائج الدار، كربط الدابة وكسر الحطب، ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الأجير لفساد الأمر، بخلاف الفناء لأنه يباحُ له فيما بينه وبين ربه إحداث مثل ذلك في فناء إذا كان لا يتضرَّرُ به غيره، وقد جرَت العادة بذلك في بلاد المسلمين،

وَاتِّخَاذُ الطِّينِ فِي الطَّرِيقِ بِمَنْزِلَةِ إِلْقَاءِ الحَجَرِ وَالْخَشَبَةِ لِمَا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَنَسَ الطَّرِيقَ فَعَطِبَ بِمَوْضِعِ كَنْسِهِ إِنْسَانٌ حَيْثُ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَدٍّ فَإِنَّهُ مَا أَحْدَثَ شَيْئًا فِيهِ إِنَّمَا قَصَدَ دَفْعَ الأَذَىٰ عَنِ الطَّرِيقِ، حَتَّىٰ لَوْ جَمَعَ الكُنَاسَةَ فِي الطَّرِيقِ وَتَعَقَّلَ بِهَا إِنْسَانٌ كَانَ ضَامِنًا لِتَعَدِّيهِ بِشَغْلِهِ (وَلَوْ وَضَعَ حَجَرًا فَنَحَّاهُ غَيْرُهُ عَنْ مَوْضِعِهِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ فَالضَّمَانُ عَلَىٰ الَّذِي نَحَّاهُ) لِأَنَّ حُكْمَ فِعْلِهِ قَدِ انْتَسَخَ لِفَرَاغِ مَا شَغَلَهُ، وَإِنَّمَا اُشْتُغِلَ بِالْفِعْلِ الثَّانِي مَوْضِعٌ آخَرُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ فِي البَالُوعَةِ يَحْفِرُهَا الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ، فَإِنْ أَمَرَهُ السُّلْطَانُ بِذٰلِكَ أَوْ أَجبَرَهُ عَلَيْهِ لَمْ يَضْمَنْ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ حَيْثُ فَعَلَ مَا فَعَلَ بِأَمْرِ مَنْ لَهُ الوِلَايَةُ فِي حُقُوقِ العَامَّةِ (وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَهُوَ مُتَعَدٍّ) إِمَّا بِالتَّصَرُّفِ فِي حَقِّ غَيْرِهِ أَوْ بِالِافْتِيَاتِ عَلَىٰ رَأْيِ الإِمَامِ أَوْ هُوَ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، ....

فاعتبر أمره في ذلك، ولكن لمَّا كان الفناء غير مملوكٍ له يتقيَّد بشرط السلامة.

قوله: فِي البَالُوعَةِ، البالوعة ثقبٌ في وسط البيت وكذلك البلوعة، ذكرها في الصحاح. الِافْتِيَاتِ، الاستبداد بالرأي، افتعال من الفوت بمعنى السبق، وفي حديث عبد الرحمن بن أبي بكر: «أمثلي يُفتاتَ عليهِ في بنائِهِ» مبنيًّا للمفعول، أي لا يصلح أمرهنَّ بغير إذنِي، كذا في المغرب.

قوله: أَوْ هُوَ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، لأنَّ الانتفاع بطريق العامة إنَّما يُباح

وَكَذَا الجَوَابُ عَلَىٰ هٰذَا التَّفْصِيلِ فِي جَمِيعِ مَا فُعِلَ فِي طَرِيقِ العَامَّةِ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ وَغَيْرِهِ لِأَنَّ المَعْنَىٰ لَا يَخْتَلِفُ (وَكَذَا إِنْ حَفَرَهُ فِي مِلْكِهِ لَا يَضْمَنُ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ (وَكَذَا إِذَا حَفَرَهُ فِي فِنَاءِ دَارِهِ) لِأَنَّ لَهُ ذٰلِكَ لِمَصْلَحَةِ دَارِهِ وَالْفِنَاءُ فِي تَصَرُّفِهِ. وَقِيلَ هٰذَا إِذَا كَانَ الفِنَاءُ مَمْلُوكًا لَهُ أَوْ كَانَ لَهُ حَقُّ الحَفْرِ فِيهِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ، أَمَّا إِذَا كَانَ لِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ أَوْ مُشْتَرَكًا بِأَنْ كَانَ فِي سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ

بشرط السلامة، وفي شرح الأقطع: وقد قالوا: لو قَعَد في الطريق ليستريح، أو لمرضٍ أضعفه، فعَثَر به إنسانٌ ضَمِنَ، لأنَّ المشي في الطريق مباحٌ بشرط السلامة، كما أنَّ الله تعالىٰ أباحَ الرميَ إلى الصَّيد، ولو رمىٰ إلىٰ صيدٍ فأصاب آدميًا أو شاةً ضمن فاعتبر فيه السلامة، فكذلك ههنا.

قوله: وَكَذَا الجَوَابُ عَلَىٰ هٰذَا التَّفْصِيلِ، وهو أنه لو فَعَل بأمر من له الولاية في الأمر لا يضمنه، ولو فعل بنفسه من غير أمرٍ واحدٍ يضمنه.

قوله: مِمَّا ذَكَرْنَاهُ، أي من أوّل الباب إلىٰ هنا، من إخراج الكنيف أو الميزاب أو الجرصن أو غيرها إلى الطريق الأعظم، وكذلك إشراع الروشن وحفر البئر في طريق المسلمين.

قوله: وَغَيْرِهِ، وهو كبناء الفالة، وغرس الأشجار، ورمي الثَّلج، والجلوس للبيع، وهذه الأشياء غير مذكورةٍ، وقد ذكرها الإمام التمرتاشي.

قوله: أَوْ كَانَ لَهُ حَقُّ الحَفْرِ فِيهِ، بأن كان لا يضرُّ بالمارة، أو أذن لها الإمام، وغمًّا أي اختناقًا بالعفونة، وفي الصحاح: يوم غمٌّ إذا كان يأخذ النفس من شدَّة الحرِّ.

لِأَنَّهُ مُسَبِّبٌ مُتَعَدٍّ وَهٰذَا صَحِيحٌ.

(وَلَوْ حَفَرَ فِي الطَّرِيقِ وَمَاتَ الوَاقِعُ فِيهِ جُوعًا أَوْ غَمًّا لَا ضَمَانَ عَلَىٰ الحَافِرِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ مَاتَ لِمَعْنًىٰ فِي نَفْسِهِ فَلَا يُضَافُ إِلَىٰ الحَفْرِ، وَالضَّمَانُ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا مَاتَ مِنَ الوُقُوعِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: إِنْ مَاتَ جُوعًا فَكَذٰلِكَ، وَإِنْ مَاتَ غَمًّا فَالْحَافِرُ ضَامِنٌ لَهُ لِأَنَّهُ لَا سَبَبَ لِلْغَمِّ سِوَىٰ الوُقُوعِ، أَمَّا الجُوعُ فَلَا يَخْتَصُّ بِالْبِئْرِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: هُوَ ضَامِنٌ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا، لِأَنَّهُ إِنَّمَا حَدَثَ بِسَبَبِ الوُقُوعِ، إِذْ لَوْلَاهُ لَكَانَ الطَّعَامُ قَرِيبًا مِنْهُ.

قوله: لِأَنَّهُ مَاتَ لِمَعْنًى فِي نَفْسِهِ، أي صار كأنه ماتَ حَتْفَ أنفه لا بسبب الوقوع في البئر، وفي المبسوط: وأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ يقول: إنَّما يصير هلاكه مضافًا إلى الحفر إذا هلكَ بسبب الوقوع ليجعل الحافر كالدَّافع، فأمَّا إذا طرأ عليه سببٌ آخر وهو سببٌ لهلاكه كالجوع الذي هاجَ من طبعه أو الغمِّ الذي أثّرَ في قلبه فإنَّما يكون هلاكه مضافًا إلىٰ هذا السبب ولا صنعَ للحافر فيه.

قوله: لِأَنَّهُ لَا سَبَبَ لِلْغَمِّ سِوَى الوُقُوعِ، لأنه أثرُ جعل الأرض عميقًا وهو من آثار حفره، فإنَّ البئر تنبعثُ منها العفونة فلا يكون للغمِّ سببٌ سوى الوقوع في البئر، وأمَّا الجوعُ فله سببٌ آخر سوى الوقوع، وهو بعد الطعام عنه واحتِراق معدته حين لم يبق فيها من مواد الطعام.

قوله: لَوْلَاهُ لَكَانَ الطَّعَامُ قَرِيبًا مِنْهُ، والحافر متعدٍّ في ذلك السبب، إذ الحكم تارةً يضاف إلى السبب بغير واسطةٍ وتارةً بواسطةٍ، وكذلك يُضاف إلى الشرط تارةً بواسطةٍ

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَ أُجَرَاءَ فَحَفَرُوهَا لَهُ فِي غَيْرِ فِنَائِهِ فَذٰلِكَ عَلَىٰ الْمُسْتَأْجِرِ وَلَا شَيْءَ عَلَىٰ الأُجَرَاءِ إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا أَنَّهَا فِي غَيْرِ فِنَائِهِ) لِأَنَّ الإِجَارَةَ صَحَّتْ ظَاهِرًا إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا فَنُقِلَ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ لِأَنَّهُمْ كَانُوا مَغْرُورِينَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ آخَرَ بِذَبْحِ هٰذِهِ الشَّاةِ فَذَبَحَهَا ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّ الشَّاةَ لِغَيْرِهِ، إِلَّا أَنَّ هُنَاكَ يَضْمَنُ المَأْمُورُ وَيَرْجِعُ عَلَىٰ الآمِرِ لِأَنَّ الذَّابِحَ مُبَاشِرٌ وَالْآمِرُ مُسَبِّبٌ وَالتَّرْجِيحُ لِلْمُبَاشَرَةِ فَيَضْمَنُ المَأْمُورُ وَيَرْجِعُ المَغْرُورُ، وَهُنَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَىٰ الْمُسْتَأْجِرِ ابْتِدَاءً لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسَبِّبٌ وَالْأَجِيرُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ وَالْمُسْتَأْجِرُ مُتَعَدٍّ فَيُرَجَّحُ جَانِبُهُ (وَإِنْ عَلِمُوا ذٰلِكَ فَالضَّمَانُ عَلَىٰ الأُجَرَاءِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ أَمْرُهُ بِمَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ وَلَا غُرُورَ فَبَقِيَ الفِعْلُ مُضَافًا إِلَيْهِمْ (وَإِنْ قَالَ لَهُمْ: هٰذَا فِنَائِي وَلَيْسَ لِي فِيهِ حَقُّ الحَفْرِ فَحَفَرُوا وَمَاتَ فِيهِ إِنْسَانٌ فَالضَّمَانُ عَلَىٰ الأُجَرَاءِ قِيَاسًا) لِأَنَّهُمْ عَلِمُوا بِفَسَادِ الأَمْرِ فَمَا غَرَّهُمْ (وَفِي الِاسْتِحْسَانِ الضَّمَانُ عَلَىٰ المُسْتَأْجِرِ) لِأَنَّ كَوْنَهُ فِنَاءً لَهُ بِمَنْزِلَةِ كَوْنِهِ مَمْلُوكًا لَهُ لِانْطِلَاقِ يَدِهِ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ مِنَ إِلْقَاءِ الطِّينِ وَالْحَطَبِ وَرَبْطِ الدَّابَّةِ وَالرُّكُوبِ وَبِنَاءِ الدُّكَّانِ فَكَانَ الأَمْرُ بِالْحَفْرِ فِي مِلْكِهِ ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إِلَىٰ مَا ذَكَرْنَا فَكَفَىٰ ذٰلِكَ لِنَقْلِ الفِعْلِ إِلَيْهِ.

قَالَ: (وَمَنْ جَعَلَ قَنْطَرَةً بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ المُرُورَ عَلَيْهَا

وتارةً بغير واسطةٍ.

فَعَطِبَ فَلَا ضَمَانَ عَلَىٰ الَّذِي عَمِلَ القَنْطَرَةَ، وَكَذٰلِكَ إِذَا وَضَعَ خَشَبَةً فِي الطَّرِيقِ فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ المُرُورَ عَلَيْهَا) لِأَنَّ الأَوَّلَ تَعَدٍّ هُوَ تَسْبِيبٌ، وَالثَّانِي تَعَدٍّ هُوَ مُبَاشَرَةٌ فَكَانَتِ الإِضَافَةُ إِلَىٰ المُبَاشِرِ أَوْلَىٰ، وَلِأَنَّ تَخَلُّلَ فِعْلِ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ يَقْطَعُ النِّسْبَةَ كَمَا فِي الحَافِرِ مَعَ المُلْقِي.

قَالَ: (وَمَنْ حَمَلَ شَيْئًا فِي الطَّرِيقِ فَسَقَطَ عَلَىٰ إِنْسَانٍ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَكَذَا إِذَا سَقَطَ فَتَعَثَّرَ بِهِ إِنْسَانٌ وَإِنْ كَانَ رِدَاءً قَدْ لَبِسَهُ فَسَقَطَ عَنْهُ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ لَمْ يَضْمَنْ) وَهٰذَا اللَّفْظُ يَشْمَلُ الوَجْهَيْنِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ حَامِلَ الشَّيْءِ قَاصِدٌ حِفْظَهُ فَلَا حَرَجَ فِي التَّقْيِيدِ بِوَصْفِ

قوله: لِأَنَّ الأَوَّلَ تَعَدٍّ هُوَ تَسْبِيبٌ، وهو بناء القنطرة ووضع الخشبة، وإنَّما سُمِّيَ بناء القنطرة تعديًا لأنَّ الذي جعل القنطرةَ فوَّت حقًّا علىٰ غيره فإنَّ التدبيرَ في موضع القناطر على الأنهار العظام من حيثُ تعيين المكان والضيقِ والسعة للإمام، فكأنَّه جنايةٌ بِهذا الاعتبار والجناية تعدٍّ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: وَالثَّانِي تَعَدٍّ هُوَ مُبَاشَرَةٌ، لأنه إذا تعمَّد المرورَ بأن كان بصيرًا ويجد موضعًا آخر للمرور صار متعديًا فينسبُ التلف إليه دون المسبب، وصار كأنه أتْلَفَ نفسه، فأمَّا إذا لم يتعمَّد بأن كان أعمىٰ أو مرَّ ليلًا يضمن إذا وضعه بغير إذن الإمام، فأمَّا إذا وضعه بإذن الإمام فلا يضمنُ.

قوله: وَهٰذَا اللَّفْظُ، إشارة إلىٰ قوله: فعطبَ به فهو ضامنٌ.

قوله: يَشْمَلُ الوَجْهَيْنِ، وهما تلف الإنسان بوقوع ذلك الشيء المحمول عليه، وتلفُ الإنسان بالتعثر بذلك الشيء المحمول بعد ما وقع في الطريق.

السَّلَامَةِ، وَاللَّابِسُ لَا يَقْصِدُ حِفْظَ مَا يَلْبَسُهُ فَيَخْرُجُ بِالتَّقْيِيدِ بِمَا ذَكَرْنَا فَجَعَلْنَاهُ مُبَاحًا مُطْلَقًا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِذَا لَبِسَ مَا لَا يَلْبَسُهُ عَادَةً فَهُوَ كَالْحَامِلِ لِأَنَّ الحَاجَةَ لَا تَدْعُو إِلَىٰ لُبْسِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ المَسْجِدُ لِلْعَشِيرَةِ فَعَلَّقَ رَجُلٌ مِنْهُمْ فِيهِ قِنْدِيلًا أَوْ جَعَلَ فِيهِ بَوَارِيَ أَوْ حَصَاةً فَعَطِبَ بِهِ رَجُلٌ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي فَعَلَ ذٰلِكَ مِنْ غَيْرِ العَشِيرَةِ ضَمِنَ) قَالُوا: هٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ فِي الوَجْهَيْنِ جَمِيعًا، لِأَنَّ هٰذِهِ مِنَ القُرَبِ وَكُلُّ أَحَدٍ مَأْذُونٌ فِي إِقَامَتِهَا فَلَا يَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، كَمَا إِذَا فَعَلَهُ بِإِذْنِ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ المَسْجِدِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ الفَرْقُ أَنَّ التَّدْبِيرَ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالْمَسْجِدِ لِأَهْلِهِ دُونَ غَيْرِهِمْ كَنَصْبِ الإِمَامِ وَاخْتِيَارِ المُتَوَلِّي وَفَتْحِ بَابِهِ وَإِغْلَاقِهِ وَتَكْرَارِ الجَمَاعَةِ إِذَا سَبَقَهُمْ بِهَا غَيْرُ أَهْلِهِ فَكَانَ فِعْلُهُمْ مُبَاحًا مُطْلَقًا غَيْرَ مُقَيَّدٍ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ وَفِعْلُ غَيْرِهِمْ تَعَدِّيًا أَوْ مُبَاحًا مُقَيَّدًا بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، وَقَصْدُ القُرْبَةِ لَا يُنَافِي الغَرَامَةَ إِذَا أَخْطَأَ الطَّرِيقَ كَمَا إِذَا تَفَرَّدَ بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ الزِّنَا، وَالطَّرِيقُ

قوله: وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ إِذَا لَبِسَ مَا لَا يَلْبَسُهُ عَادَةً فَهُوَ كَالْحَامِلِ، أي لبسَ ثوبًا زيادةً علىٰ قدر الحاجة يضمنه إذا سقطَ منه وعطب به إنسانٌ لأنه لا تعمُّ به البلوىٰ.

قوله: كَمَا إِذَا تَفَرَّدَ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الزِّنَا، فإنَّ شهادته من حيث إنَّها شهادةٌ في حقوق

فِيمَا نَحْنُ فِيهِ الِاسْتِئْذَانُ مِنْ أَهْلِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ جَلَسَ فِيهِ رَجُلٌ مِنْهُمْ فَعَطِبَ بِهِ رَجُلٌ لَمْ يَضْمَنْ إنْ كَانَ فِي الصَّلَاةِ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ ضَمِنَ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ عَلَىٰ كُلِّ حَالٍ. وَلَوْ كَانَ جَالِسًا لِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ أَوْ لِلتَّعْلِيمِ أَوْ لِلصَّلَاةِ أَوْ نَامَ فِيهِ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ أَوْ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ أَوْ مَرَّ فِيهِ مَارًّا أَوْ قَعَدَ فِيهِ لِحَدِيثٍ فَهُوَ عَلَىٰ هٰذَا الِاخْتِلَافِ، وَأَمَّا الْمُعْتَكِفُ

الله تعالىٰ حسبةً كانت أو قربةً، ولكن من شرط قبول الشهادة في الزنا أن يكون الشهود أربعةً ممن يسمع شهادته، فإذا نقصت تلك الشهادة من ذلك العدد انقلبت الشهادة قذفًا، فيجب حدُّ القذف على الشَّاهد.

قوله: وَلَوْ كَانَ جَالِسًا لِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ، أَوْ لِلتَّعْلِيمِ، أَوْ لِلصَّلَاةِ، أَوْ نَامَ فِيهِ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ، أَوْ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ، أَوْ مَرَّ فِيهِ مَارًّا، أَوْ قَعَدَ فِيهِ لِحَدِيثٍ فَهُوَ عَلَى هٰذَا الِاخْتِلَافِ، وذكر شمس الأئمة السرخسي في الجامع الصغير: والصحيح من الجواب علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه إذا كان الجالس منتظرًا للصلاة فإنه لا يكون ضامنًا لِمَا يعطب به، لقوله عليه الصلاة والسلام: «المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها»، وإنَّما الخلاف فيما إذا جلس لعملٍ لا يكون له اختصاصٌ بالمسجد من درس الفقه أو الحديث أو قراءة القرآن، وذكر في الذخيرة: وأمَّا إذا قعد للعبادة بأن كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم الفقه أو الاعتكاف أو قعد لذكر الله وتسبيحه أو لقراءة القرآن فعثرَ به إنسانٌ فماتَ هل يضمن علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ؟ قال بعضهم يضمن، وإليه ذهب أبو بكر الرازي، وقال بعضهم لا يضمن، وإليه ذهب أبو عبد الله الجرجانِي، فأمَّا إذا كان يصلي فعثر به إنسان فإنه لا ضمانَ عليه سواءٌ يصلي الفرائض أو التطوع، لأنَّ التطوع يصير

فَقَدْ قِيلَ عَلَىٰ هٰذَا الِاخْتِلَافِ، وَقِيلَ لَا يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ. لَهُمَا أَنَّ المَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ لِلصَّلَاةِ وَالذِّكْرِ وَلَا يُمْكِنُهُ أَدَاءُ الصَّلَاةِ بِالْجَمَاعَةِ إِلَّا بِانْتِظَارِهَا فَكَانَ الجُلُوسُ فِيهِ مُبَاحًا لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ الصَّلَاةِ، أَوْ لِأَنَّ المُنْتَظِرَ لِلصَّلَاةِ فِي الصَّلَاةِ حُكْمًا بِالْحَدِيثِ فَلَا يَضْمَنُ كَمَا إِذَا كَانَ فِي الصَّلَاةِ. وَلَهُ أَنَّ المَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ لِلصَّلَاةِ، وَهٰذِهِ الأَشْيَاءُ مُلْحَقَةٌ بِهَا فَلَا بُدَّ مِنْ إِظْهَارِ التَّفَاوُتِ فَجَعَلْنَا الجُلُوسَ لِلْأَصْلِ مُبَاحًا مُطْلَقًا وَالْجُلُوسَ لِمَا يُلْحَقُ بِهِ مُبَاحًا مُقَيَّدًا بِشَرْطِ السَّلَامَةِ وَلَا غَرْوَ أَنْ يَكُونَ الفِعْلُ مُبَاحًا أَوْ مَنْدُوبًا إِلَيْهِ وَهُوَ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ كَالرَّمْيِ إِلَىٰ الكَافِرِ أَوْ إِلَىٰ الصَّيْدِ وَالْمَشْيِ فِي الطَّرِيقِ وَالْمَشْيِ فِي المَسْجِدِ إِذَا وَطِئَ غَيْرَهُ وَالنَّوْمِ فِيهِ إِذَا انْقَلَبَ عَلَىٰ غَيْرِهِ (وَإِنْ جَلَسَ رَجُلٌ مِنْ غَيْرِ العَشِيرَةِ فِيهِ لِلصَّلَاةِ فَتَعَقَّلَ بِهِ إِنْسَانٌ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَضْمَنَ) لِأَنَّ المَسْجِدَ بُنِيَ لِلصَّلَاةِ وَأَمْرُ الصَّلَاةِ بِالْجَمَاعَةِ إِنْ كَانَ مُفَوَّضًا إِلَىٰ أَهْلِ المَسْجِدِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ المُسْلِمِينَ أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ وَحْدَهُ.

فرضًا بعد الشروع، قال الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامض: سمعتُ أبا بكر البلخي: إن جلس لقراءة القرآن أو معتكفًا في المسجد لا يضمن عندهم جميعًا، وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد في الجامع الصغير: إن جلس للحديث فعطبَ به رجل ضمن بالإجماع لأنه غير مباح، وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة فتعقَّلَ به إنسانٌ لا يضمن في الصحيح، لأنَّ المساجد أُعِدَّت لصلاة العامة من غير خصوصٍ، فكان لكلِّ واحد أن يصلي فيه وحده، وإنَّما المفوض إلىٰ أهل المسجد أمر الصلاة بالجماعة.

فَصْلٌ فِي الحَائِطِ المَائِلِ

قَالَ: (وَإِذَا مَالَ الحَائِطُ إِلَىٰ طَرِيقِ المُسْلِمِينَ فَطُولِبَ صَاحِبُهُ بِنَقْضِهِ وَأُشْهِدَ عَلَيْهِ فَلَمْ يَنْقُضْهُ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَىٰ نَقْضِهِ حَتَّىٰ سَقَطَ ضَمِنَ مَا تَلِفَ بِهِ مِنْ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَضْمَنَ لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ مِنْهُ مُبَاشَرَةً، وَالْمُبَاشَرَةُ شَرْطٌ هُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ، لِأَنَّ أَصْلَ البِنَاءِ كَانَ فِي مِلْكِهِ،

فصل في الحائط المائل

قوله: وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَضْمَنَ، وهو قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ مِنْهُ مُبَاشَرَةً، أي لأنه لم يباشر التَّلف ولم يباشر ما هو شرط التلف وهو متعدٍ فيه، وصورة الطَّلب أن يقول: إنَّ حائطكَ هذا مائلٌ فاهدمه، وفي المنتقىٰ: رجلٌ له حائطٌ مائلٌ فقال له آخرٌ: اهدم هذا الحائطَ فإنه مائلٌ، فهذا إشهاد عليه، ولو قال له: ينبغي لك أن تَهدمه، فهذا ليس بإشهاد عليه بل هو مشورةٌ، ويشتَرط لصحة التقدُّم والطلب أن يكون التقدُّم والطلب إلىٰ من له ولاية التفريغ، لأنَّ الفعلَ إنَّما يطلبُ من القادر حتَّىٰ لو تقدَّم إلىٰ من يسكن الدارَ بإجارةٍ أو إعارة فلم ينقض الحائط حتَّىٰ سقطَ علىٰ إنسانٍ لا ضمانَ علىٰ أحدٍ، أمَّا على السكان فلأنَّ التقدُّم إليهم لم يصح، وأمَّا على المالك فإنه لم يتقدَّم إليه، وكذلك يشتَرطُ أن يكون التقدُّم والطلبُ من صاحب الحقِّ، والحقُّ في طريق العامة للعامة فيكتفىٰ بطلب واحدٍ من العامة، وفي السكَّة الخاصة الحقُّ لأصحاب السكة فيكتفىٰ بطلب واحد منهم أيضًا، وفي الدار شرط طلب المالك وإن كان

وَالْمَيَلَانُ وَشَغْلُ الهَوَاءِ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ فَصَارَ كَمَا قَبْلَ الإِشْهَادِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الحَائِطَ لَمَّا مَالَ إِلَىٰ الطَّرِيقِ فَقَدِ اشْتَمَلَ هَوَاءَ طَرِيقِ المُسْلِمِينَ بِمِلْكِهِ وَرَفْعُهُ فِي يَدِهِ، فَإِذَا تَقَدَّمَ إِلَيْهِ وَطُولِبَ بِتَفْرِيغِهِ يَجِبُ عَلَيْهِ فَإِذَا امْتَنَعَ صَارَ مُتَعَدِّيًا بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ وَقَعَ ثَوْبُ إِنْسَانٍ فِي حِجْرِهِ يَصِيرُ مُتَعَدِّيًا بِالِامْتِنَاعِ عَنِ التَّسْلِيمِ إِذَا طُولِبَ بِهِ كَذَا هٰذَا، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الإِشْهَادِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ هَلَاكِ الثَّوْبِ قَبْلَ الطَّلَبِ، وَلِأَنَّا لَوْ لَمْ نُوجِبْ عَلَيْهِ الضَّمَانَ يَمْتَنِعُ عَنِ التَّفْرِيغِ فَيَنْقَطِعُ المَارَّةُ حَذَرًا عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ فَيَتَضَرَّرُونَ بِهِ، وَدَفْعُ الضَّرَرِ العَامِّ مِنَ الوَاجِبِ وَلَهُ تَعَلُّقٌ بِالْحَائِطِ فَيَتَعَيَّنُ لِدَفْعِ هٰذَا الضَّرَرِ، وَكَمْ مِنْ ضَرَرٍ خَاصٍّ يُتَحَمَّلُ لِدَفْعِ العَامِّ مِنْهُ، ثُمَّ فِيمَا تَلِفَ بِهِ مِنَ النُّفُوسِ تَجِبُ الدِّيَةُ وَتَتَحَمَّلُهَا العَاقِلَةُ، لِأَنَّهُ فِي كَوْنِهِ جِنَايَةً دُونَ الخَطَإِ فَيُسْتَحَقُّ فِيهِ التَّخْفِيفُ بِالطَّرِيقِ الأُولَىٰ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ اسْتِئْصَالِهِ وَالْإِجْحَافِ بِهِ، وَمَا تَلِفَ بِهِ مِنَ الأَمْوَالِ كَالدَّوَابِّ وَالْعُرُوضِ يَجِبُ ضَمَانُهَا فِي مَالِهِ، لِأَنَّ العَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ المَالَ وَالشَّرْطُ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ وَطَلَبُ النَّقْضِ مِنْهُ دُونَ الإِشْهَادِ،

فيها سُكَّانٌ لهم أن يطالبوه، وبعد صحّة الطلب يشترط لوجوب الضمان دوام القدرة على التفريغ إلىٰ وقت السقوط.

قوله: وَكَمْ مِنْ ضَرَرٍ خَاصٍّ يُتَحَمَّلُ لِدَفْعِ العَامِّ، كما في الرمي إلى الكفار وإن تترّسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارىٰ، وقطع العضو للآكلة عند خوف هلاك النفس.

وَإِنَّمَا ذَكَرَ الإِشْهَادَ لِيَتَمَكَّنَ مِنْ إِثْبَاتِهِ عِنْدَ إِنْكَارِهِ فَكَانَ مِنْ بَابِ الِاحْتِيَاطِ. وَصُورَةُ الإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ: اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ تَقَدَّمْتُ إِلَىٰ هٰذَا الرَّجُلِ فِي هَدْمِ حَائِطِهِ هٰذَا، وَلَا يَصِحُّ الإِشْهَادُ قَبْلَ أَنْ يَهِيَ الْحَائِطُ لِانْعِدَامِ التَّعَدِّي.

قَالَ: (وَلَوْ بَنَىٰ الحَائِطَ مَائِلًا فِي الِابْتِدَاءِ قَالُوا: يَضْمَنُ مَا تَلِفَ بِسُقُوطِهِ مِنْ غَيْرِ إِشْهَادٍ) لِأَنَّ البِنَاءَ تَعَدٍّ ابْتِدَاءً كَمَا فِي إِشْرَاعِ الجَنَاحِ.

قَالَ: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عَلَىٰ التَّقَدُّمِ) لِأَنَّ هٰذِهِ لَيْسَتْ بِشَهَادَةٍ عَلَىٰ القَتْلِ، وَشَرْطُ التَّرْكِ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَىٰ نَقْضِهِ فِيهَا لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ إِمْكَانِ النَّقْضِ لِيَصِيرَ بِتَرْكِهِ جَانِيًا، وَيَسْتَوِي أَنْ يُطَالِبَهُ بِنَقْضِهِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ، لِأَنَّ النَّاسَ كُلَّهُمْ شُرَكَاءُ فِي المُرُورِ فَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ رَجُلًا كَانَ أَوِ امْرَأَةً حُرًّا كَانَ أَوْ مُكَاتَبًا،

قوله: لِأَنَّ هٰذِهِ لَيْسَتْ بِشَهَادَةٍ عَلَى القَتْلِ، لأنَّ الثابت بِهذا التقدُّم ما لا يسقطُ بالشبهة، وهو المال لا القتل.

قوله: وَيَسْتَوِي أَنْ يُطَالِبَهُ بِنَقْضِهِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ، وفي شرح الأقطع: وكذلك لو طالبت به امرأةٌ أو صبيٌّ أو رجلٌ غريبٌ من بلدٍ آخر، لأنَّ جميع هٰؤلاء لهم حقُّ المرور في الطريق فصحَّت مطالبتهم لثبوت حقِّهم، وفي شرح الطحاوي: لو كان الحائطُ مائلًا إلى الطريق العام فإنَّ الخصومة فيه إلى الناس، مسلمًا كان أو ذميًا، بعد أن كان حرًا بالغًا عاقلًا، أو كان صغيرًا أذن له وليُّه بالخصومة فيه، أو كان عبدًا أذن له مولاه

وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ عِنْدَ السُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ لِأَنَّهُ مُطَالَبَةٌ بِالتَّفْرِيغِ فَيَتَفَرَّدُ كُلُّ صَاحِبِ حَقٍّ بِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ مَالَ إِلَىٰ دَارِ رَجُلٍ فَالْمُطَالَبَةُ إِلَىٰ مَالِكِ الدَّارِ خَاصَّةً) لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ عَلَىٰ الخُصُوصِ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا سُكَّانٌ لَهُمْ أَنْ يُطَالِبُوهُ لِأَنَّ لَهُمُ المُطَالَبَةَ بِإِزَالَةِ مَا شَغَلَ الدَّارَ فَكَذَا بِإِزَالَةِ مَا شَغَلَ هَوَاءَهَا، وَلَوْ أَجَّلَهُ صَاحِبُ الدَّارِ أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْهَا أَوْ فَعَلَ ذٰلِكَ سَاكِنُوهَا فَذٰلِكَ جَائِزٌ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا تَلِفَ بِالْحَائِطِ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَالَ إِلَىٰ الطَّرِيقِ فَأَجَّلَهُ القَاضِي أَوْ مَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ حَيْثُ لَا يَصِحُّ، لِأَنَّ الحَقَّ لِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ وَلَيْسَ إِلَيْهِمَا إِبْطَالُ حَقِّهِمْ. وَلَوْ بَاعَ

بالخصومة فيه.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا مَالَ إِلَى الطَّرِيقِ فَأَجَّلَهُ القَاضِي أَوْ مَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ حَيْثُ لَا يَصِحُّ، فإن قيل: في الطريق ينبغي أن يصحَّ التأجيل والإسقاط من واحدٍ في حقه، حتَّىٰ إذا سقطَ الحائطُ علىٰ هذا المؤجل أو وليٍّ له أو مالٍ له كان ينبغي أن لا يجب الضمانُ لأنَّ له ولاية إسقاط حقِّ نفسه؟ قلنا: حقُّه في الطريق الأعظم غير معلومٍ، ولا يحتمل الإسقاط وهو لا يحتمل الوصفَ بالتجزي، حتَّىٰ يسقطُ في حقِّ البعض دون البعض، وحقه في الطريق المرور فيه وهو لا يحتمل الإسقاط، حتَّىٰ لو قال أسقطتُ حقِّي فلا أمرُّ في هذا الطريق بعد هذا لا يعمل إسقاطه، ولأنَّ هذه شركةٌ عامةٌ ولا عبرة بِها في نفاذ التصرف، ألا ترىٰ أنَّ تصرف واحد من المسلمين في مال بيت المال لا ينفذُ في حقِّه ولا في حقِّ غيره لكون الشركة عامةً كذا ههنا، وإنَّما يصحُّ من الواحد طلب التفريغ والإشهاد باعتبار أنَّ

الدَّارَ بَعْدَمَا أَشْهَدَ عَلَيْهِ وَقَبَضَهَا المُشْتَرِي بَرِئَ مِنْ ضَمَانِهِ لِأَنَّ الجِنَايَةَ بِتَرْكِ الهَدْمِ مَعَ تَمَكُّنِهِ وَقَدْ زَالَ تَمَكُّنُهُ بِالْبَيْعِ، بِخِلَافِ إِشْرَاعِ الجَنَاحِ لِأَنَّهُ كَانَ جَانِيًا بِالْوَضْعِ وَلَمْ يَنْفَسِخْ بِالْبَيْعِ فَلَا يَبْرَأُ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، وَلَا ضَمَانَ عَلَىٰ المُشْتَرِي لِأَنَّهُ لَمْ يُشْهِدْ عَلَيْهِ، وَلَوْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ بَعْدَ شِرَائِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ لِتَرْكِهِ التَّفْرِيغَ مَعَ تَمَكُّنِهِ بَعْدَمَا طُولِبَ بِهِ، وَالْأَصْلُ أَنَّهُ يَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَىٰ كُلِّ مَنْ يَتَمَكَّنُ مِنْ نَقْضِ الحَائِطِ وَتَفْرِيغِ الهَوَاءِ، وَمَنْ لَا يَتَمَكَّنُ مِنْهُ لَا يَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ كَالْمُرْتَهِنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُودَعِ وَسَاكِنِ الدَّارِ، وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَىٰ الرَّاهِنِ لِقُدْرَتِهِ عَلَىٰ ذٰلِكَ بِوَاسِطَةِ الفِكَاكِ وَإِلَىٰ الوَصِيِّ وَإِلَىٰ أَبِ اليَتِيمِ أَوْ أُمِّهِ فِي حَائِطِ الصَّبِيِّ لِقِيَامِ الوِلَايَةِ، وَذَكَرَ الإِمَامُ فِي الزِّيَادَاتِ: وَالضَّمَانُ فِي مَالِ اليَتِيمِ لِأَنَّ فِعْلَ هٰؤُلَاءِ كَفِعْلِهِ، وَإِلَىٰ المُكَاتَبِ لِأَنَّ الوِلَايَةَ لَهُ،

الواحد يقومُ مقامَ جميع المسلمين فيما لهم فيه منفعةٌ ولهم في الإشهاد منفعةٌ، أمّا في التأخير ضررٌ فلا يقوم الواحد فيه مقامهم.

قوله: وَإِلَىٰ أَبِ اليَتِيمِ، أي إلىٰ أب الصبيِّ.

قوله: وَالضَّمَانُ فِي مَالِ اليَتِيمِ لِأَنَّ فِعْلَ هٰؤُلَاءِ كَفِعْلِهِ، أي فعل الوصيِّ والأب والأمِّ كفعل الصبيِّ، وفي المبسوط: وإذا تقدَّم إلىٰ أب الصبيِّ أو الوصيِّ في نقض الحائط فلم ينقضه حتَّىٰ سقطَ فأصابَ شيئًا فضمانه على الصبيِّ، لأنَّ الأبَ والوصيَّ يقومان مقامه ويملكان هدمَ الحائط فصحَّ التقدُّم إليهما فيه، ويكون ذلك كالتقدُّم إلى الصبي بعد بلوغه، ثمَّ هما في ترك الهدم يعملان للصبيِّ وينظران له، فلهذا كان الضمان عليه دونَهما،

وَإِلَىٰ العَبْدِ التَّاجِرِ سَوَاءٌ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ لِأَنَّ وِلَايَةَ النَّقْضِ لَهُ، ثُمَّ التَّلَفُ بِالسُّقُوطِ إنْ كَانَ مَالًا فَهُوَ فِي عُنُقِ العَبْدِ، وَإِنْ كَانَ نَفْسًا فَهُوَ عَلَىٰ عَاقِلَةِ المَوْلَىٰ لِأَنَّ الإِشْهَادَ مِنْ وَجْهٍ عَلَىٰ المَوْلَىٰ وَضَمَانُ المَالِ أَلْيَقُ بِالعَبْدِ وَضَمَانُ النَّفْسِ بِالْمَوْلَىٰ، وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَىٰ أَحَدِ الوَرَثَةِ فِي نَصِيبِهِ وَإِنْ كَانَ لَا يَتَمَكَّنُ مِنْ نَقْضِ الحَائِطِ وَحْدَهُ لِتَمَكُّنِهِ مِنْ إِصْلَاحِ نَصِيبِهِ بِطَرِيقِهِ وَهُوَ المُرَافَعَةُ إِلَىٰ القَاضِي.

كذا في المبسوط.

قوله: ثُمَّ التَّلَفُ بِالسُّقُوطِ إنْ كَانَ مَالًا فَهُوَ فِي عُنُقِ العَبْدِ، حتّىٰ يُباع العبدُ فيه كما يباع في ديون تجارته، وكان القياسُ أن يكون ذلك على المولىٰ كضمان النفس، ولكنّا استحسنا الفرقَ بينهما فقلنا العبدُ في ضمان التزام المال كالحرِّ، فإنه ينفكُّ الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك في التزام ضمان الجناية على النفس هو كالمحجور عليه، لأنَّ فكَّ الحجر بالإذن لم يتناول ذلك فكان الضمان علىٰ عاقلة المولىٰ، كذا في المبسوط.

قوله: لِتَمَكُّنِهِ مِنْ إِصْلَاحِ نَصِيبِهِ بِطَرِيقِهِ وَهُوَ المُرَافَعَةُ إِلَى القَاضِي، هذاجواب الاستحسان، وأمّا جوابُ القياس فهو أن لا يضمنَ واحدٌ من الورثة، أمّا الذي تقدَّم إليه فلعدم تمكُّنه من النقض فلم يفد التقدُّم فائدته في حقِّه، فإنَّ واحدًا منهم كما لا يتمكّن من بنائه لا يتمكّن من نقضه أيضًا، وأمّا غيره من الورثة فلعدم التقدُّم إليهم فلم يكن واحد منهم متعديًا في ترك التفريغ، فأمّا جواب الاستحسان فإنه يضمن هذا الذي أشْهَد عليه بحصته فيما أصابه لأنه كان متمكِّنًا من أن يطلب شركاءه ليجمعوا علىٰ هدمه، وهذا لأنَّ الإشهاد علىٰ جماعتهم متعذِّرٌ عادةً فلو لم يصح الإشهاد علىٰ بعضهم في نصيبه أدَّىٰ إلى الضرر والضرر مدفوعٌ، كذا في المبسوط.

(وَلَوْ سَقَطَ الحَائِطُ المَائِلِ عَلَىٰ إنْسَانٍ بَعْدَ الإشْهَادِ فَقَتَلَهُ فَتَعَثَّرَ بِالْقَتِيلِ غَيْرُهُ فَعَطِبَ لَا يَضْمَنُهُ) لِأَنَّ التَّفْرِيغَ عَنْهُ إلَىٰ الأَوْلِيَاءِ لَا إلَيْهِ (وَإِنْ عَطِبَ بِالنَّقْضِ ضَمِنَهُ) لِأَنَّ التَّفْرِيغَ إلَيْهِ إذِ النَّقْضُ مِلْكُهُ وَالْإِشْهَادُ عَلَىٰ الحَائِطِ إشْهَادٌ عَلَىٰ النَّقْضِ لِأَنَّ المَقْصُودَ امْتِنَاعُ الشَّغْلِ (وَلَوْ عَطِبَ بِجَرَّةٍ كَانَتْ عَلَىٰ الحَائِطِ فَسَقَطَتْ بِسُقُوطِهِ وَهِيَ مِلْكُهُ ضَمِنَهُ) لِأَنَّ التَّفْرِيغَ إلَيْهِ (وَإِنْ كَانَ مِلْكَ غَيْرِهِ لَا يَضْمَنُهُ) لِأَنَّ التَّفْرِيغَ إلَىٰ مَالِكِهَا.

قَالَ (وَإِنْ كَانَ الحَائِطُ بَيْنَ خَمْسَةِ رِجَالٍ أَشْهَدَ عَلَىٰ أَحَدِهِمْ فَقَتَلَ إنْسَانًا ضَمِنَ خُمُسَ الدِّيَةِ وَيَكُونُ ذٰلِكَ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ ثَلَاثَةِ نَفَرٍ فَحَفَرَ أَحَدُهُمْ فِيهَا بِئْرًا وَالْحَفْرُ كَانَ بِغَيْرِ رِضَا الشَّرِيكَيْنِ الآخَرِينَ، أَوْ بَنَىٰ حَائِطًا فَعَطِبَ بِهِ إنْسَانٌ فَعَلَيْهِ ثُلُثَا الدِّيَةِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، ....

قوله: وَلَوْ عَطِبَ بِجَرَّةٍ كَانَتْ عَلَى الحَائِطِ فَسَقَطَتْ بِسُقُوطِهِ وَهِيَ مِلْكُهُ ضَمِنَهُ، حائطٌ مائلٌ أشْهدَ عليه فوضع صاحب الحائط أو غيره عليه جرَّةً فسقطَ الحائطُ ورمىٰ بالجرَّة علىٰ إنسانٍ فقتله فالضمان علىٰ صاحب الحائط، ولو عثر بالجرَّة أو بنقضها أحدٌ إن كانت الجرة لغير صاحب الحائط فلا يضمن أحدٌ، أمَّا صاحب الحائط فلأنَّ الإشهاد على الحائط لا يكون إشهادًا على الجرَّة، وأمَّا صاحب الجرة فلأنَّه لم يوجد الإشهاد عليه، حتَّىٰ لو كانت الجرة لصاحب الحائط يضمن لقدرته علىٰ رفعها.

وَقَالَا: عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ فِي الفَصْلَيْنِ) لَهُمَا أَنَّ التَّلَفَ بِنَصِيبِ مَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ مُعْتَبَرٌ، وَبِنَصِيبِ مَنْ لَمْ يُشْهِدْ عَلَيْهِ هَدَرٌ، فَكَانَا قِسْمَيْنِ فَانْقَسَمَ نِصْفَيْنِ كَمَا مَرَّ فِي عَقْرِ الأَسَدِ وَنَهْشِ الحَيَّةِ وَجَرْحِ الرَّجُلِ. وَلَهُ أَنَّ المَوْتَ حَصَلَ بِعِلَّةٍ وَاحِدَةٍ وَهُوَ الثِّقَلُ المُقَدَّرُ وَالْعُمْقُ المُقَدَّرُ، لِأَنَّ أَصْلَ ذٰلِكَ لَيْسَ بِعِلَّةٍ وَهُوَ القَلِيلُ حَتَّىٰ يُعْتَبَرُ كُلُّ جُزْءٍ عِلَّةً فَتَجْتَمِعُ العِلَلُ، وَإِذَا كَانَ كَذٰلِكَ يُضَافُ إِلَىٰ العِلَّةِ الوَاحِدَةِ ثُمَّ تُقْسَمُ عَلَىٰ أَرْبَابِهَا بِقَدْرِ المِلْكِ، بِخِلَافِ الجِرَاحَاتِ فَإِنَّ

قوله: **وَقَالَا: عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ فِي الفَصْلَيْنِ**، أي في فصل الحائط المائل المشتَرك بين خمسةٍ وفي فصل دار بين ثلاثة نفرٍ، وقيل: جوابُ أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ فيما إذا ماتَ القتيل بثقل الحائط، وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ لا يخالفانه في ذلك، وجوابُهما فيما إذا ماتَ بسبب الجرح بأن جرحه الحائط، وأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ يوافقهما في ذلك.

قوله: **وَهُوَ الثِّقَلُ المُقَدَّرُ** - أي في الحائط - **وَالْعُمْقُ المُقَدَّرُ**، أي في البئر.

قوله: **لِأَنَّ أَصْلَ ذٰلِكَ لَيْسَ بِعِلَّةٍ**، أي القليلُ من الثقل والعمق لا يوجبُ التَّلف بحالٍ، حتَّىٰ يعتبَر كل جزء علةً فيعتبَر الكل علةً واحدةً فيُضاف الحكم إليها ثم يقسم علىٰ أربابِها بقدر الملك، بخلاف الجراحات فإنَّ كل جراحةٍ علة التلف بنفسها صغرت أو كبُرت إلا عند المزاحمة، أضيف إلى الكل لعدم رجحان البعض علىٰ بعضها، فلمَّا أضيفَ التلف إلى الكل وبعض الجراحات معتبَرٌ في إضافة الضمان إليه وبعضها غير معتبر فجعل الذي هو غير معتبر شيئًا واحدًا وإن تعدَّد، فلذلك صار الضمان نصفين

كُلَّ جِرَاحَةٍ عِلَّةٌ لِلتَّلَفِ بِنَفْسِهَا صَغُرَتْ أَوْ كَبُرَتْ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، إلَّا أَنَّ عِنْدَ الْمُزَاحِمَةِ أُضِيفَ إلَىٰ الكُلِّ لِعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

فاعتبر أحد النصفين وأهْدر الآخر، وهذا لأنه إذا لم يصلح البعض لإضافة الحكم إليه وصلحَ لقطع النسبة من المزاحمة ظهرت المزاحمة في قطع النسبة وإن لم يظهر في حقِّ استحقاق الحكم، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

بَابُ جِنَايَةِ الْبَهِيمَةِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهَا

قَالَ: (الرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ ....

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قوله: الرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ، الصحيح: وطئت، لأنكَّ تقول: أوطأت فلانًا الدابة فوطئت، الكدم: العضُّ بمقدم الأسنان كما يكدم الحمار، والخبط الضرب باليد، والصدم هو أن تضرب الشيء بجسدك، ومنه: الكلب إذا قتل الصيد صدمًا لا يؤكل، واصطدم الفارسان إذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه، يقال نفحت الدابة الشيء إذا ضربته بحدِّ حافرها، كذا في الصحاح والمغرب، وقوله: الرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ، إلىٰ قوله: أَوْ كَدَمَتْ أَوْ خَبَطَتْ، وَكَذَا إِذَا صَدَمَتْ، يريدُ به إذا كان الراكبُ يسيرُ في طريق المسلمين، لأنه إذا كان يسيرُ في ملكه إن وطئت بيدها أو برجلها يضمن، وإن كدمت أو نفحت بيدها أو برجلها أو ضربت بيدها فلا ضمانَ، لأنَّ في الوجه الأول صاحب الدابة مباشرٌ للإتلاف، لأنَّ ثقله وثقل الدابة اتصل بالمتلف فكأنَّهما وطئاه جميعًا، ولهذا يجب على الراكب الكفارةَ إذا وطئت الدابة برجلها أو بيديها ويحرم عن الميراث، والمباشر ضامنٌ سواءٌ كان متعديًا أو لم يكن، أمَّا إذا لم يكن صاحب الدابة راكبًا عليها بل كان سائقًا أو قائدًا لها فصاحب الدابة مسبِّبٌ، لأنه لم يتصل ثقله بالمتلف، والمسبِّب إنَّما يضمن إذا كان متعديًا وهو ليسَ بمتعدٍ بتسيير الدابة في ملكه، وأمَّا إذا كانت جناية الدابة في ملك غير صاحب الدابة فهذا على وجهين: أمَّا أن دخلت في ملك الغير من غير إدخال صاحبها

مَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا أَوْ رَأْسِهَا أَوْ كَدَمَتْ أَوْ خَبَطَتْ، وَكَذَا إِذَا صَدَمَتْ وَلَا يَضْمَنُ مَا نَفَحَتْ بِرِجْلِهَا أَوْ ذَنَبِهَا) وَالْأَصْلُ أَنَّ الْمُرُورَ فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي حَقِّهِ مِنْ وَجْهٍ وَفِي حَقِّ غَيْرِهِ مِنْ وَجْهٍ لِكَوْنِهِ مُشْتَرَكًا بَيْنَ كُلِّ النَّاسِ فَقُلْنَا بِالْإِبَاحَةِ مُقَيَّدًا بِمَا ذَكَرْنَا لِيَعْتَدِلَ النَّظَرُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ،

بأن كانت منفلتةً، وفي هذا الوجه لا ضمان علىٰ صاحبها، وأمَّا إن دخلت بإدخال صاحبها ففي هذا الوجه صاحب الدابة ضامنٌ في الوجوه كلها، سواءٌ كانت واقفةً أو سائرةً، وسواءٌ كان صاحبها معها يسوقها أو يقودها، أو كان ركبًا أو لم يكن معها، لأنَّ صاحب الدابة في بعضها مباشرٌ وفي بعضها مسبِّبٌ متعدٍّ، إذ ليسَ له إيقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بدون إذن المالك.

قوله: مَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا أَوْ رَأْسِهَا، تفسير لقوله: أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ.

قوله: لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي حَقِّهِ مِنْ وَجْهٍ وَفِي حَقِّ غَيْرِهِ مِنْ وَجْهٍ، جوابٌ لسؤالٍ ذكر في الذخيرة وغيره مع هذا الجواب وهو: فإن قيل: هو غير متعدٍّ في هذا التسبيب فإنَّ له أن يمرَّ في طريق المسلمين كما في ملكه، ولو مرَّ عليها في ملكه فأتْلَفَ شيئًا بِهذه الوجوه لم يضمن بِها فيجبُ أن لا يضمن ههنا أيضًا؟ قلنا: الطريقُ يشبه ملكه من حيث إنَّ المرور مباحٌ له فيه، ويشبه ملك الغير من حيث إنه ليسَ له في طريق المسلمين ملكٌ يطلق له التصرف، فوفَّرنا على الشبهين حظَّهما فيما كان مسببًا للإتلاف، فقلنا إذا كان شيئًا يمكنه حفظ الدابة والتحرُّز عنه يعتبر فيه متعديًا، وذلك كالكدم والوطء باليد والرجل في حقِّ القائد والراكب، لأنَّ ذلك يكون بين عينه فجعل في هذه الأشياء طريق المسلمين ملحقًا بملك الغير، وقلنا إذ كان شيئًا لا يمكن حفظ الدابة والتحرُّز عنه لا يعتبر فيه متعديًا،

ثُمَّ إِنَّمَا يَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ فِيمَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ وَلَا يَتَقَيَّدُ بِهَا فِيمَا لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ لِمَا فِيهِ مِنَ المَنْعِ عَنِ التَّصَرُّفِ وَسَدِّ بَابِهِ وَهُوَ مَفْتُوحٌ، وَالِاحْتِرَازُ عَنِ الإِيطَاءِ وَمَا يُضَاهِيهِ مُمْكِنٌ، فَإِنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ التَّيْسِيرِ فَقَيَّدْنَاهُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ عَنْهُ، وَالنَّفْحَةُ بِالرِّجْلِ وَالذَّنَبِ لَيْسَ يُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ مَعَ السَّيْرِ عَلَىٰ الدَّابَّةِ فَلَمْ يَتَقَيَّدْ بِهِ (فَإِنْ أَوْقَفَهَا فِي الطَّرِيقِ ضَمِنَ النَّفْحَةَ أَيْضًا) لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنِ الإِيقَافِ وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْهُ عَنِ النَّفْحَةِ فَصَارَ مُتَعَدِّيًا فِي الإِيقَافِ وَشَغْلِ الطَّرِيقِ بِهِ فَيَضْمَنُهُ.

قَالَ: (وَإِنْ أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ بِرِجْلِهَا حَصَاةً أَوْ نَوَاةً أَوْ أَثَارَتْ غُبَارًا أَوْ حَجَرًا صَغِيرًا فَفَقَأَ عَيْنَ إِنْسَانٍ أَوْ أَفْسَدَ ثَوْبَهُ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ

وذلك كالنفحة بالرجل والضرب بالذنب، لأنَّ كل ذلك يكون وراء الراكب، وجعل في حقِّ النفحة والضرب بالذنب في حقِّ الراكب والقائد طريق المسلمين ملحقًا بملكه، وأمَّا السائقُ هل يضمن؟ اختلف المشايخ فيه.

قوله: **لِمَا فِيهِ مِنَ المَنْعِ عَنِ التَّصَرُّفِ**، يعني أنَّا لو شرطنا عليه السلامةَ فيما لا يمكنه التَّحرز عنه تعذَّر عليه استيفاء حقِّه، لأنه يمتنعُ من المشي والسير على الدَّابة مخافةَ أن يبتلي بما لا يمكن التحرُّز عنه، فأمَّا ما يستطاعُ الامتناع منه لو شرطَ عليه صفة السلامة من ذلك لا يمنع عليه استيفاء حقِّه، وإنَّما يلزمه به نوع احتياطٍ في الاستيفاء، كذا في المبسوط.

قوله: **فَإِنْ أَوْقَفَهَا**، وفي المغرب: ولا يقال: أوقفه، إلا في لغةٍ رديئةٍ.

حَجَرًا كَبِيرًا ضَمِنَ) لِأَنَّهُ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، إِذْ سَيْرُ الدَّوَابِّ لَا يَعْرَىٰ عَنْهُ، وَفِي الثَّانِي مُمْكِنٌ لِأَنَّهُ يَنْفَكُّ عَنِ السَّيْرِ عَادَةً، وَإِنَّمَا ذٰلِكَ بِتَعْنِيفِ الرَّاكِبِ، وَالْمُرْتَدِفُ فِيمَا ذَكَرْنَا كَالرَّاكِبِ لِأَنَّ المَعْنَىٰ لَا يَخْتَلِفُ.

قَالَ: (فَإِنْ رَاثَتْ أَوْ بَالَتْ فِي الطَّرِيقِ وَهِيَ تَسِيرُ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ لَمْ يَضْمَنْ) لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ السَّيْرِ فَلَا يُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ (وَكَذَا إِذَا أَوْقَفَهَا لِذٰلِكَ) لِأَنَّ مِنَ الدَّوَابِّ مَا لَا يَفْعَلُ ذٰلِكَ إِلَّا بِالْإِيقَافِ، وَإِنْ أَوْقَفَهَا لِغَيْرِ ذٰلِكَ فَعَطِبَ إِنْسَانٌ بِرَوْثِهَا أَوْ بَوْلِهَا ضَمِنَ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي هٰذَا الإِيقَافِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ السَّيْرِ، ثُمَّ هُوَ أَكْثَرُ ضَرَرًا بِالْمَارَّةِ مِنَ السَّيْرِ لِمَا أَنَّهُ أَدْوَمُ مِنْهُ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ (وَالسَّائِقُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا وَالْقَائِدُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا دُونَ

قوله: وَالْمُرْتَدِفُ فِيمَا ذَكَرْنَا كَالرَّاكِبِ، أي في مَوْجَب الجناية.

قوله: لِأَنَّ المَعْنَىٰ لَا يَخْتَلِفُ، وهو معنى المباشرة وتصرُّف الدابة في التسيير علىٰ ما أرادَ، وفي المبسوط: والراكبُ والرديفُ والسائقُ والقائدُ في الضَّمان سواءٌ، لأنَّ الدابة في أيديهم وهم يسيرونَها ويصرفونَها كيف شاؤا.

قوله: ثُمَّ هُوَ أَكْثَرُ ضَرَرًا بِالْمَارَّةِ، أي الإيقاف أكثر ضررًا بالمارة من السير، لأنَّ الإيقاف أدْوَم من التسيير، ورُبَّما يكون مانعًا لغيره من المرور فيكون فوق المرور، فلا يلحق به بدلالة النصِّ.

رِجْلِهَا) وَالْمُرَادُ النَّفْحَةُ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هٰكَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ، وَإِلَيْهِ مَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ النَّفْحَةَ بِمَرْأًىٰ عَيْنِ السَّائِقِ فَيُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ وَغَائِبٌ عَنْ بَصَرِ القَائِدِ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ. وَقَالَ أَكْثَرُ المَشَايِخِ: إِنَّ السَّائِقَ لَا يَضْمَنُ النَّفْحَةَ أَيْضًا وَإِنْ كَانَ يَرَاهَا، إِذْ لَيْسَ عَلَىٰ رِجْلِهَا مَا يَمْنَعُهَا بِهِ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، بِخِلَافِ الكَدْمِ لِإِمْكَانِهِ كَبْحَهَا بِلِجَامِهَا. وَبِهٰذَا يَنْطِقُ أَكْثَرُ النُّسَخِ وَهُوَ الأَصَحُّ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُونَ النَّفْحَةَ كُلُّهُمْ لِأَنَّ فِعْلَهَا مُضَافٌ إِلَيْهِمْ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

قوله: وَالْمُرَادُ النَّفْحَةُ، أي من قوله: لمَّا أصاب بيدها أو برجلها، وإنَّما قيَّد التفسير بهذا لأنه كان يجوز أن يراد بقوله: لمَّا أصاب بيدها أو رجلها الوطءُ، ولا خلاف لأحدٍ أنه يضمن فيه السائقُ والقائدُ، وإنَّما الاختلاف في النفحة، ولو لم يفسِّره بِهذا لكان للمؤوِّل أن يؤول ذلك بالوطء ويثبت الاختلافُ فيه وليست الرواية كذلك.

قوله: وَإِلَيْهِ مَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ، أي مشايخ العراق.

قوله: بِمَرْأًىٰ عَيْنِ السَّائِقِ فَيُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ، أي بإبعاد الدابة عن المتلف أو إبعاد المتلف عن الدابَّة، وَقَالَ أَكْثَرُ المَشَايِخِ: إِنَّ السَّائِقَ لَا يَضْمَنُ النَّفْحَةَ أَيْضًا، وهو الصحيح.

قوله: وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو قوله: وَغَائِبٌ عَنْ بَصَرِ القَائِدِ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الرِّجْلُ جُبَارٌ»، أي هَدَرٌ، معطوفٌ علىٰ قوله:

وَالسَّلَامُ - «الرِّجْلُ جُبَارٌ» وَمَعْنَاهُ النَّفْحَةُ بِالرِّجْلِ، وَانْتِقَالُ الفِعْلِ بِتَخْوِيفِ القَتْلِ كَمَا فِي المُكْرَهِ وَهٰذَا تَخْوِيفٌ بِالضَّرْبِ.

قَالَ: (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَكُلُّ شَيْءٍ ضَمِنَهُ الرَّاكِبُ ضَمِنَهُ السَّائِقُ وَالْقَائِدُ) لِأَنَّهُمَا مُسَبِّبَانِ بِمُبَاشَرَتِهِمَا شَرْطَ التَّلَفِ وَهُوَ تَقْرِيبُ الدَّابَّةِ إِلَىٰ مَكَانِ الجِنَايَةِ فَيَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ فِيمَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ كَالرَّاكِبِ (إِلَّا أَنَّ عَلَىٰ الرَّاكِبِ الكَفَّارَةَ) فِيمَا أَوْطَأَتْهُ الدَّابَّةُ بِيَدِهَا أَوْ بِرِجْلِهَا (وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِمَا) وَلَا عَلَىٰ الرَّاكِبِ فِيمَا وَرَاءَ الإِبْطَاءِ، لِأَنَّ الرَّاكِبَ مُبَاشِرٌ فِيهِ لِأَنَّ التَّلَفَ بِثِقَلِهِ وَثِقَلِ الدَّابَّةِ تَبَعٌ لَهُ، لِأَنَّ سَيْرَ الدَّابَّةِ مُضَافٌ إِلَيْهِ وَهِيَ آلَةٌ لَهُ وَهُمَا مُسَبِّبَانِ لِأَنَّهُ لَا يَتَّصِلُ مِنْهُمَا إِلَىٰ المَحَلِّ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قوله: وَانْتِقَالُ الفِعْلِ بِتَخْوِيفِ القَتْلِ، هذا جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ: لِأَنَّ فِعْلَهَا مُضَافٌ إِلَيْهِمْ، قلنا الإضافة والانتقال إنَّما يكون في الإكراه الكامل، وهو التخويف بالقتل أو بالقطع، لا في الإكراه القاصر وهو التخويفُ بالضرب، وهذا الإكراه قاصرٌ فلا ينتقلُ إليهم.

قوله: لِأَنَّ الرَّاكِبَ مُبَاشِرٌ فِيهِ، والدليلُ علىٰ أنه مباشرٌ من حيث حكم الشَّرع أنَّ من سارَ علىٰ دابةٍ في ملكه فأَوْطَأَت إنسانًا بيدها أو رجلها فقتلته فعليه الدية والكفارة، لأنَّ الراكبَ مباشرٌ للقتل فيما أَوْطَأَت دابته، والمباشرة في ملكه وغير ملكه سواءٌ في إيجاب الضمان عليه، كالرمي، فإنَّ من رمىٰ في ملكه فأصابَ إنسانًا كان عليه ضمانه، كذا في المبسوط.

شَيْءٌ، وَكَذَا الرَّاكِبُ فِي غَيْرِ الإِيطَاءِ، وَالْكَفَّارَةُ حُكْمُ الْمُبَاشَرَةِ لَا حُكْمُ التَّسَبُّبِ، وَكَذَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِيطَاءِ فِي حَقِّ الرَّاكِبِ حِرْمَانُ الْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ دُونَ السَّائِقِ وَالْقَائِدِ، لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْمُبَاشَرَةِ (وَلَوْ كَانَ رَاكِبٌ وَسَائِقٌ قِيلَ: لَا يَضْمَنُ السَّائِقُ مَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ) لِأَنَّ الرَّاكِبَ مُبَاشِرٌ فِيهِ لِمَا ذَكَرْنَاهُ وَالسَّائِقُ مُسَبِّبٌ، وَالْإِضَافَةُ إِلَىٰ الْمُبَاشِرِ أَوْلَىٰ. وَقِيلَ: الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا لِأَنَّ كُلَّ ذٰلِكَ سَبَبُ الضَّمَانِ.

قَالَ: (وَإِذَا اصْطَدَمَ فَارِسَانِ فَمَاتَا فَعَلَىٰ عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَةُ الآخَرِ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَىٰ عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ دِيَةِ الآخَرِ لِمَا رُوِيَ ذٰلِكَ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَاتَ بِفِعْلِهِ وَفِعْلِ صَاحِبِهِ، لِأَنَّهُ بِصَدْمَتِهِ آلَمَ نَفْسَهُ وَصَاحِبَهُ فَيُهْدَرُ نِصْفُهُ وَيُعْتَبَرُ نِصْفُهُ، كَمَا إِذَا كَانَ الِاصْطِدَامُ عَمْدًا، أَوْ جَرَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَفْسَهُ وَصَاحِبَهُ جِرَاحَةً أَوْ حَفَرَا عَلَىٰ قَارِعَةِ

قوله: وَقِيلَ: الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا لِأَنَّ كُلَّ ذٰلِكَ سَبَبُ الضَّمَانِ، ذكر محمدٌ رحمه الله تعالىٰ في الأصل: أنَّ الراكبَ إذا أمرَ آخرَ بنخس الدابة فأوْطَأت إنسانًا كان الضَّمانُ عليهما، وعلَّل فقال: لأنَّ الناخسَ سائقٌ والآمرَ راكبه، فقد تبيَّن بما ذكر أنَّ الراكبَ والسائقَ في ضمان ما وطئت الدابة يشتَركان، ولا يختصُّ به الراكب.

قوله: وَإِذَا اصْطَدَمَ فَارِسَانِ، ذكر الفارس ليسَ بقيدٍ، فالحكمُ في اصطدام الماشيين وموتِهما به كذلك، ذكره في المبسوط.

الطَّرِيقِ بِئْرًا فَانْهَارَ عَلَيْهِمَا يَجِبُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا النِّصْفُ فَكَذَا هٰذَا. وَلَنَا أَنَّ المَوْتَ يُضَافُ إِلَىٰ فِعْلِ صَاحِبِهِ لِأَنَّ فِعْلَهُ فِي نَفْسِهِ مُبَاحٌ وَهُوَ المَشْيُ فِي الطَّرِيقِ فَلَا يَصْلُحُ مُسْتَنَدًا لِلْإِضَافَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ، كَالْمَاشِي إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالْبِئْرِ وَوَقَعَ فِيهَا لَا يُهْدَرُ شَيْءٌ مِنْ دَمِهِ، وَفِعْلُ صَاحِبِهِ وَإِنْ كَانَ مُبَاحًا، لٰكِنَّ الفِعْلَ المُبَاحَ فِي غَيْرِهِ سَبَبٌ لِلضَّمَانِ كَالنَّائِمِ إِذَا انْقَلَبَ عَلَىٰ غَيْرِهِ. وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّهُ أَوْجَبَ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كُلَّ الدِّيَةِ فَتَعَارَضَتْ رِوَايَتَاهُ فَرَجَّحْنَا بِمَا ذَكَرْنَا، وَفِيمَا ذُكِرَ مِنَ المَسَائِلِ الفِعْلَانِ مَحْظُورَانِ فَوَضَحَ الفَرْقُ.

قوله: كَالْمَاشِي إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالْبِئْرِ وَوَقَعَ فِيهَا لَا يُهْدَرُ شَيْءٌ مِنْ دَمِهِ، يعني إذا ماتَ بالوقوع في البئر مع أنَّ البئرَ بنفسها في قارعة الطريق ليست بسببٍ لموته، بل البئر مع المشي إليها سببٌ للموت، والمعنىٰ فيه أيضًا هو أنَّ كل واحد منهما مدفوعٌ بصاحبه فكأنه أوْقَعه من الدابة بيده، وهذا لأنَّ دفع صاحبه إيَّاه علَّةٌ معتبَرةٌ لإتلافه في الحكم، فأمَّا قوَّة المصدوم فلا تصلحُ أن تكون علةً معارضةً لدفع الصادم، فهو بمنزلة من وقعَ في بئرٍ حفرها رجلٌ في الطريق يجبُ الضمان على الحافر، وإن كان لولا مشيه وثقله في نفسه لما هوىٰ في البئر.

قوله: فَتَعَارَضَتْ رِوَايَتَاهُ فَرَجَّحْنَا بِمَا ذَكَرْنَا، فإن قيل: فالقياسُ لا يصلح مرجِّحًا لأنه علةٌ ثبتَ به الحكم والتَّرجيحُ إنَّما يكون بما ليسَ بعلةٍ؟ قلنا: معناه فتعارضت روايتاه فتساقطت فرجَّحنا قولنا بما ذكرنا من الدليل، أو نقول: القياس إنَّما يكون علةً عند عدم النصِّ، فأمَّا عند وجود النصِّ فلا يصيرُ علةً وهنا النصُّ موجودٌ، فإذا لم يصر علةً يصح

هٰذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إذَا كَانَا حُرَّيْنِ فِي العَمْدِ وَالْخَطَإِ، وَلَوْ كَانَا عَبْدَيْنِ يَهْدُرُ الدَّمُ فِي الخَطَإِ لِأَنَّ الجِنَايَةَ تَعَلَّقَتْ بِرَقَبَتِهِ دَفْعًا وَفِدَاءً، وَقَدْ فَاتَتْ لَا إِلَىٰ خُلْفٍ مِنْ غَيْرِ فِعْلِ المَوْلَىٰ فَهُدِرَ ضَرُورَةً، وَكَذَا فِي العَمْدِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هَلَكَ بَعْدَمَا جَنَىٰ وَلَمْ يَخْلُفْ بَدَلًا، وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا وَالْآخَرُ عَبْدًا فَفِي الخَطَإِ تَجِبُ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الحُرِّ المَقْتُولِ قِيمَةُ العَبْدِ فَيَأْخُذُهَا وَرَثَةُ المَقْتُولِ الحُرِّ، وَيَبْطُلُ حَقُّ الحُرِّ المَقْتُولِ فِي

التَّرجيح به، أو نقول: ما روىٰ أنه أوْجَب النصف محمولٌ علىٰ ما إذا كانا عامدين حيث يجبُ نصف دية كل واحد منهما في العمد علىٰ عاقلةِ كل واحد منهما عندنا أيضًا.

قوله: هٰذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إذَا كَانَا حُرَّيْنِ فِي العَمْدِ وَالْخَطَإِ، أي يجبُ نصفَ الدية في العمد علىٰ عاقلة كلِّ واحد منهما، وفي الخطأ يجبُ الدية الكاملة علىٰ ما ذكر في الكتاب، خلا أنه ذكر الخطأ في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم.

قوله: وَكَذَا فِي العَمْدِ، هٰهنا بمنزلة الخطأ.

قوله: فَفِي الخَطَإِ تَجِبُ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الحُرِّ المَقْتُولِ قِيمَةُ العَبْدِ، لأنَّ كل واحد منهما صارَ قاتلًا لصاحبه، فيجبُ علىٰ عاقلة الحرِّ قيمة العبد، ثمَّ قد تلف العبد الجانِي وأخْلَفَ بدلًا فيكون بدله لورثة المجنىٰ عليه وهو الحرُّ، لأنَّ القيمةَ التي دفعها عاقلة الحرِّ صار بدلًا عن العبد فيأخذها ورثة الحرِّ بجهة كونه مقتولًا لا بجهة كون الحرِّ قاتلًا، ولا يردُ علىٰ هٰذا ما إذا قطعت المرأة يد رجل فتزوَّجها المقطوعُ على اليد، فإنَّ عاقلتها يسقطُ عنهم الضمان، لأنَّ عاقلتها كانوا يتحمَّلون عنها فإذا تزوَّجها المقطوع لو لم يسقط الضمان عن العاقلة لكان الضمان عليهم واجبًا لها، فلا يصحُّ أن يتحمَّلوا عنها ضامنين لها، فأمَّا ههنا فإنَّ العاقلة يتحمَّلون عن الحرِّ باعتبار كونه قاتلًا ثمَّ يأخذه الورثة بجهة

الدِّيَةِ فِيمَا زَادَ عَلَىٰ القِيمَةِ؛ لِأَنَّ أَصْلَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ تَجِبُ القِيمَةُ عَلَىٰ العَاقِلَةِ لِأَنَّهُ ضَمَانُ الآدَمِيِّ فَقَدْ أَخْلَفَ بَدَلًا بِهٰذَا القَدْرِ فَيَأْخُذُهُ وَرَثَةُ الحُرِّ المَقْتُولِ وَيَبْطُلُ مَا زَادَ عَلَيْهِ لِعَدَمِ الخُلْفِ، وَفِي العَمْدِ يَجِبُ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الحُرِّ نِصْفُ قِيمَةِ العَبْدِ لِأَنَّ المَضْمُونَ هُوَ النِّصْفُ فِي العَمْدِ، وَهٰذَا القَدْرُ يَأْخُذُهُ وَلِيُّ المَقْتُولِ، وَمَا عَلَىٰ العَبْدِ فِي رَقَبَتِهِ وَهُوَ نِصْفُ دِيَةِ الحُرِّ يَسْقُطُ بِمَوْتِهِ إِلَّا قَدْرَ مَا أَخْلَفَ مِنَ البَدَلِ وَهُوَ نِصْفُ القِيمَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ سَاقَ دَابَّةً فَوَقَعَ السَّرْجُ عَلَىٰ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ ضَمِنَ، وَكَذَا عَلَىٰ هٰذَا سَائِرُ أَدَوَاتِهِ كَاللِّجَامِ وَنَحْوِهِ، وَكَذَا مَا يُحْمَلُ عَلَيْهَا) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي هٰذَا التَّسْبِيبِ، لِأَنَّ الوُقُوعَ بِتَقْصِيرٍ مِنْهُ وَهُوَ تَرْكُ الشَّدِّ أَوِ الإِحْكَامِ فِيهِ، بِخِلَافِ الرِّدَاءِ لِأَنَّهُ لَا يُشَدُّ فِي العَادَةِ، وَلِأَنَّهُ قَاصِدٌ لِحِفْظِ هٰذِهِ الأَشْيَاءِ كَمَا فِي المَحْمُولِ عَلَىٰ عَاتِقِهِ دُونَ اللِّبَاسِ عَلَىٰ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ

كون الحرِّ مقتولًا.

قوله: بِخِلَافِ الرِّدَاءِ، يعني إذا كان لابسًا رداء فسقط عنه وعطف به إنسان أو غيره لا ضمانَ عليه لأنَّ اللباس تبع اللابس ولو تعثَّر اللابس فسقط على الطريق ثم تعثر به إنسان لم يكن ضامنًا له، كذا إذا سقط رداؤه أومنديله لأنَّ الإنسان لا يقصد حفظ اللباس ولا يمكنه أن يمشي عريانًا وما لا يستطاع الامتناع عنه يجعل عفوًا.

قوله: عَلَىٰ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، أي في باب ما يحدث الرجل في الطريق.

فَيُقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَادَ قِطَارًا فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَ) ، فَإِنْ وَطِئَ بَعِيرٌ إِنْسَانًا ضَمِنَ بِهِ القَائِدُ وَالدِّيَةُ عَلَىٰ العَاقِلَةِ لِأَنَّ القَائِدَ عَلَيْهِ حِفْظُ القِطَارِ كَالسَّائِقِ وَقَدْ أَمْكَنَهُ ذٰلِكَ وَقَدْ صَارَ مُتَعَدِّيًا بِالتَّقْصِيرِ فِيهِ، وَالتَّسَبُّبِ بِوَصْفِ التَّعَدِّي سَبَبٌ لِلضَّمَانِ، إِلَّا أَنَّ ضَمَانَ النَّفْسِ عَلَىٰ العَاقِلَةِ فِيهِ وَضَمَانُ المَالِ فِي مَالِهِ (وَإِنْ كَانَ مَعَهُ سَائِقٌ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا) لِأَنَّ قَائِدَ الوَاحِدِ قَائِدٌ لِلْكُلِّ، وَكَذَا سَائِقُهُ لِاتِّصَالِ الأَزِمَّةِ، وَهٰذَا إِذَا كَانَ السَّائِقُ فِي جَانِبٍ مِنَ الإِبِلِ، أَمَّا إِذَا كَانَ تَوَسَّطَهَا وَأَخَذَ بِزِمَامٍ وَاحِدٍ يَضْمَنُ مَا عَطِبَ بِمَا هُوَ خَلْفَهُ، وَيَضْمَنَانِ مَا تَلِفَ بِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ لِأَنَّ

قوله: وَهٰذَا إِذَا كَانَ السَّائِقُ فِي جَانِبٍ مِنَ الإِبِلِ، أي يمشي في جانب من القطار، لا يتقدَّم ولا يتأخَّر، ولا يأخذ بزمام بعيرٍ.

قوله: أَمَّا إِذَا كَانَ تَوَسَّطَهَا وَأَخَذَ بِزِمَامٍ وَاحِدٍ، قيَّد التوسط بأخذ الزمام لأنه إذا لم يأخذ الزمام فهو سائقٌ للكل أو قائد، لأنه إن كان يكون أحيانًا وسطها وأحيانًا يتقدَّم وأحيانًا يتأخَّر، ولو كان رجل راكبًا وسط القطار علىٰ بعير ولا يسوق منها شيئًا لم يضمن فيما يصيبُ الإبل التي بين يديه، لأنه ليسَ بسائقٍ لِمَا بين يديه ولكن هو معهم في الضمان فيما أصابَ البعير الذي هو عليه وما خلفه، أمَّا في البعير الذي هو عليه لأنه راكبٌ، وأمَّا فيما خلفه فلأنه قائدٌ لِمَا خلفه لأنَّ زمام ما خلفه مربوطٌ ببعيره، وقال بعض المتأخرين: هذا إذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده، وأمَّا إذا كان هو نائمًا علىٰ بعيره أو قاعدًا لا يفعل شيئًا يكون به قائدًا لِمَا خلفه، فلا ضمانَ عليه في ذلك وهو في حقِّ ما خلفه بمنزلة المتاع

القَائِدَ لَا يَقُودُ مَا خَلْفَ السَّائِقِ لِانْفِصَامِ الزِّمَامِ، وَالسَّائِقُ يَسُوقُ مَا يَكُونُ قُدَّامَهُ.

قَالَ: (وَإِنْ رَبَطَ رَجُلٌ بَعِيرًا إِلَىٰ القِطَارِ وَالْقَائِدُ لَا يَعْلَمُ فَوَطِئَ المَرْبُوطُ إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ فَعَلَىٰ عَاقِلَةِ القَائِدِ الدِّيَةُ) لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ صِيَانَةُ القِطَارِ عَنْ رَبْطِ غَيْرِهِ، فَإِذَا تَرَكَ الصِّيَانَةَ صَارَ مُتَعَدِّيًا، وَفِي التَّسْبِيبِ الدِّيَةُ عَلَىٰ العَاقِلَةِ كَمَا فِي القَتْلِ الخَطَإِ (ثُمَّ يَرْجِعُونَ بِهَا عَلَىٰ عَاقِلَةِ الرَّابِطِ) لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَوْقَعَهُمْ فِي هٰذِهِ العُهْدَةِ، وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا فِي الِابْتِدَاءِ وَكُلٌّ مِنْهُمَا مُسَبِّبٌ لِأَنَّ الرَّبْطَ مِنَ القَوْدِ بِمَنْزِلَةِ التَّسَبُّبِ مِنَ المُبَاشَرَةِ لِاتِّصَالِ التَّلَفِ بِالْقَوْدِ دُونَ الرَّبْطِ. قَالُوا: هٰذَا إِذَا رَبَطَ وَالْقِطَارُ يَسِيرُ لِأَنَّهُ أَمْرٌ بِالْقَوْدِ دَلَالَةً، فَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لَا يُمْكِنُهُ التَّحَفُّظُ مِنْ ذٰلِكَ فَيَكُونُ قَرَارُ الضَّمَانِ عَلَىٰ الرَّابِطِ، أَمَّا إِذَا رَبَطَ وَالْإِبِلُ قِيَامٌ ثُمَّ قَادَهَا ضَمِنَهَا القَائِدُ لِأَنَّهُ قَادَ بَعِيرَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَا صَرِيحًا وَلَا دَلَالَةً

الموضوع علىٰ بعير، كذا في المبسوط.

قوله: وَالْقَائِدُ لَا يَعْلَمُ، بِهِ، قيَّد به ليبتنىٰ عليه قوله: ثُمَّ يَرْجِعُونَ بِهَا عَلَىٰ عَاقِلَةِ الرَّابِطِ، لأنه إذا علمَ لا يرجع عاقلة القائد علىٰ عاقلة الرابط.

قوله: وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا فِي الِابْتِدَاءِ، أي القائدُ والرابطُ بطريق الشركة إذ كل منهما مسبِّبٌ أي مع أنَّ كلًّا منهما مسبِّب وهذا يوجب الاشتراك في الضمان.

قوله: ضَمِنَهَا القَائِدُ، أي بلا رجوعٍ، قال الإمام المحبوبي: قال الإمام الزاهد أبو

فَلَا يَرْجِعُ بِمَا لَحِقَهُ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَرْسَلَ بَهِيمَةً وَكَانَ لَهَا سَائِقًا فَأَصَابَتْ فِي فَوْرِهَا، يَضْمَنُهُ) لِأَنَّ الفِعْلَ انْتَقَلَ إِلَيْهِ بِوَاسِطَةِ السَّوْقِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَرْسَلَ طَيْرًا وَسَاقَهُ فَأَصَابَ فِي فَوْرِهِ لَمْ يَضْمَنْ) وَالْفَرْقُ أَنَّ بَدَنَ البَهِيمَةِ يَحْتَمِلُ السَّوْقَ فَاعْتُبِرَ سَوْقُهُ وَالطَّيْرُ لَا يَحْتَمِلُ السَّوْقَ فَصَارَ وُجُودُ السَّوْقِ وَعَدَمِهِ بِمَنْزِلَةٍ، وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَ كَلْبًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سَائِقًا لَمْ يَضْمَنْ، وَلَوْ أَرْسَلَهُ إِلَىٰ صَيْدٍ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سَائِقًا فَأَخَذَ الصَّيْدَ وَقَتَلَهُ حَلَّ. وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ البَهِيمَةَ مُخْتَارَةٌ فِي فِعْلِهَا وَلَا تَصْلُحُ

بكر عبد الرحمن وشمس الأئمة الحلواني رحمهما الله تعالىٰ: وهذا إذا ربط الحملَ والإبل تسيرُ، فإن ربط والإبل واقفةٌ ثمَّ قاد القائدُ الإبل لا شيءَ على الرابط، لأنَّ ربط الحمل بالقطار جنايةٌ وإنَّها واقعةٌ في الطريق وحين سارَ بِها القائد فقد زالت هذه الجناية بقود القائد فبَرأ عن موجبها، كمن وضعَ حجرًا علىٰ قارعة الطريق ثمَّ جاء إنسانٌ وحوَّل الحجر من ذلك الموضع إلىٰ موضعٍ آخر لم يكن على الواضع الأول شيءٌ إن تعقل به إنسانٌ، لأنَّ وضعه الحجر جنايةٌ ولكن لمَّا حوَّله غيره عن مكانه زالت جنايته بفعل الواضع الثاني فبَرأ الأوَّل، كذا ههنا.

قوله: وَمَنْ أَرْسَلَ بَهِيمَةً، يريدُ بِها كلبًا وكان لها سائقًا، أرادَ بالسوق أن يمشي خلفه.

قوله: وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَ كَلْبًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سَائِقًا لَمْ يَضْمَنْ، يعني وإن أصابَ الكلب شيئًا في فور الإرسال لا يضمن المرسل.

نَائِبَةٌ عَنِ المُرْسِلِ فَلَا يُضَافُ فِعْلُهَا إِلَىٰ غَيْرِهَا، هٰذَا هُوَ الحَقِيقَةُ، إِلَّا أَنَّ الحَاجَةَ مَسَّتْ فِي الِاصْطِيَادِ فَأُضِيفَ إِلَىٰ المُرْسِلِ لِأَنَّ الِاصْطِيَادَ مَشْرُوعٌ وَلَا طَرِيقَ لَهُ سِوَاهُ وَلَا حَاجَةَ فِي حَقِّ ضَمَانِ العُدْوَانِ. وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَوْجَبَ الضَّمَانَ فِي هٰذَا كُلِّهِ احْتِيَاطًا صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَذُكِرَ فِي المَبْسُوطِ: إِذَا أَرْسَلَ دَابَّةً فِي طَرِيقِ المُسْلِمِينَ فَأَصَابَتْ فِي فَوْرِهَا فَالْمُرْسِلُ ضَامِنٌ؛ لِأَنَّ سَيْرَهَا مُضَافٌ إِلَيْهِ مَا دَامَتْ تَسِيرُ عَلَىٰ سَنَنِهَا، وَلَوِ انْعَطَفَتْ يَمْنَةً أَوْ يَسْرَةً انْقَطَعَ حُكْمُ الإِرْسَالِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ طَرِيقٌ آخَرُ سِوَاهُ وَكَذَا إِذَا وَقَفَتْ ثُمَّ سَارَتْ بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَتْ بَعْدَ الإِرْسَالِ فِي الِاصْطِيَادِ ثُمَّ

قوله: وَذُكِرَ فِي المَبْسُوطِ: إِذَا أَرْسَلَ دَابَّةً فِي طَرِيقِ المُسْلِمِينَ فَأَصَابَتْ - شيئًا - فِي فَوْرِهَا فَالْمُرْسِلُ ضَامِنٌ، قال الصَّدر الشهيد رحمه الله تعالىٰ: وعليه الفتوىٰ، وفي النهاية: وإن كان أصابَ الكلبَ شيئًا في فور الإرسال لا يضمن المرسل، بخلاف الدابة حتى قالوا: إذا أرْسَل كلبًا أو دابةً فأصابَ في فوره شيئًا يضمنُ في الدابة دون الكلب والطير.

قوله: إِلَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ طَرِيقٌ آخَرُ سِوَاهُ، أي سوىٰ طريق اليمنة أو اليسرة، بأن كان على الجادة ماءٌ أو وحلٌ فحينئذٍ لا ينقطع حكم الإرسال أيضًا، كما لو لم ينعطف يمنةً أو يسرةً.

قوله: وَكَذَا إِذَا وَقَفَتْ ثُمَّ سَارَتْ، أي الدابة.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَتْ بَعْدَ الإِرْسَالِ فِي الِاصْطِيَادِ، أي الكلب المعلَّم

سَارَتْ فَأَخَذَتِ الصَّيْدَ، لِأَنَّ تِلْكَ الوَقْفَةَ تَحَقُّقُ مَقْصُودِ المُرْسِلِ لِأَنَّهُ لِتَمَكُّنِهِ مِنَ الصَّيْدِ، وَهٰذِهِ تُنَافِي مَقْصُودَ المُرْسِلِ وَهُوَ السَّيْرُ فَيَنْقَطِعُ حُكْمُ الإِرْسَالِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَرْسَلَهُ إِلَىٰ صَيْدٍ فَأَصَابَ نَفْسًا أَوْ مَالًا فِي فَوْرِهِ لَا يَضْمَنُهُ مَنْ أَرْسَلَهُ، وَفِي الإِرْسَالِ فِي الطَّرِيقِ يَضْمَنُهُ لِأَنَّ شَغْلَ الطَّرِيقِ تَعَدٍّ فَيَضْمَنُ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ، أَمَّا الإِرْسَالُ لِلِاصْطِيَادِ فَمُبَاحٌ وَلَا تَسْبِيبَ إِلَّا بِوَصْفِ التَّعَدِّي.

وأمثاله فإنَّ هناكَ بوقوفه لا ينقطعُ حكم الإرسال حتَّىٰ حلَّ ما قتله من الصيود، ولو انقطع حكم الإرسال لمَا حلَّ، كما لو قتله هو بنفسه من غير الإرسال، فلمَّا كانت وقفة الكلب تحقِّق مقصود المرسل الذي هو أخذ الصيد كان لهذه الوقفة حكم السير فلم ينقطع حكم الإرسال لذلك.

قوله: وَهٰذِهِ تُنَافِي مَقْصُودَ المُرْسِلِ، أي هذه الوقفة التي هيَ وقفة الدابة، والمراد بِها الفرس أو البعير، وأمثالهما ينافي مقصود المرسل الذي هو السير.

قوله: وَبِخِلَافِ، معطوفٌ علىٰ قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَتْ، لأنَّ حكمها مخالفٌ لحكم أصل المسئلة، ثمَّ في قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَرْسَلَهُ إِلَىٰ صَيْدٍ، إلىٰ آخره، ذكر الفرق بين الإرسالين كما أنه في قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَتْ، ذكر الفرق بين الوقفتين، وقال في الذخيرة: والفرقُ بين إرسال الدابة وبين الكلب والبازي هو أنَّ إرسالُ الدابة في الطريق إذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعدٌّ من صاحبه، فما تولد منه يكون مضمونًا عليه، فأمَّا إرسالُ الكلب والبازي من غير إتباعٍ معه ليسَ بتعدٍّ منه، لأنه لا يمكنه الاتباع والمسبَّب في الإتلاف لا يضمن إلَّا إذا كان متعديًا.

قَالَ: (وَلَوْ أَرْسَلَ بَهِيمَةً فَأَفْسَدَتْ زَرْعًا عَلَىٰ فَوْرِهِ ضَمِنَ المُرْسِلُ، وَإِنْ مَالَتْ يَمِينًا أَوْ شِمَالًا وَلَهُ طَرِيقٌ آخَرُ لَا يَضْمَنُ) لِمَا مَرَّ، (وَلَوِ انْفَلَتَتِ الدَّابَّةُ فَأَصَابَتْ مَالًا أَوْ آدَمِيًّا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا لَا ضَمَانَ عَلَىٰ صَاحِبِهَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «جُرْحُ العَجْمَاءِ جُبَارٌ» وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: هِيَ المُنْفَلِتَةُ، وَلِأَنَّ الفِعْلَ غَيْرُ مُضَافٍ إِلَيْهِ لِعَدَمِ مَا يُوجِبُ النِّسْبَةَ إِلَيْهِ مِنَ الإِرْسَالِ وَأَخَوَاتِهِ.

قَالَ: (شَاةٌ لِقَصَّابٍ فُقِئَتْ عَيْنُهَا فَفِيهَا مَا نَقَصَهَا) لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهَا هُوَ اللَّحْمُ فَلَا يُعْتَبَرُ إِلَّا النُّقْصَانُ (وَفِي عَيْنِ بَقَرَةِ الجَزَّارِ وَجَزُورِهِ رُبْعُ القِيمَةِ، وَكَذَا فِي عَيْنِ الحِمَارِ وَالْبَغْلِ وَالْفَرَسِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِيهِ النُّقْصَانُ أَيْضًا اعْتِبَارًا بِالشَّاةِ. وَلَنَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

قوله: فَأَفْسَدَتْ زَرْعًا عَلَىٰ فَوْرِهِ، أي فور الإرسال وهو أن لا يميلَ يمينًا وشمالًا.

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: هِيَ المُنْفَلِتَةُ، أي العجماء التي أهْدَر النبي عليه الصلاة والسلام فعلها هي المنفلتة، احتَرز بالتفسير عن المرسلة إذا أفْسَدت في فور الإرسال.

قوله: شَاةٌ لِقَصَّابٍ فُقِئَتْ عَيْنُهَا فَفِيهَا مَا نَقَصَهَا، هذا هو الحكم في كلِّ شاةٍ، والقصابُ ليسَ بقيدٍ، وكذلك الجزَّار أيضًا ليس بقيد، والحكم في كل بقرةٍ وبعيرٍ كالحكم في بقرة الجزار، وجزوره وهو ربع القيمة في العين الواحدة منهما والنقصان في الشاة، وإنَّما وضع المسئلة في بقرة الجزَّار وجزوره لئلا يتوهم أنَّهما معدَّان للحم فيكون حكمهما حكم الشاة.

وَالسَّلَامُ - قَضَىٰ فِي عَيْنِ الدَّابَّةِ بِرُبْعِ القِيمَةِ» وَهَكَذَا قَضَىٰ عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَلِأَنَّ فِيهَا مَقَاصِدَ سِوَىٰ اللَّحْمِ كَالْحَمْلِ وَالرُّكُوبِ وَالزِّينَةِ وَالْجَمَالِ وَالْعَمَلِ، فَمِنْ هٰذَا الوَجْهِ تُشْبِهُ الآدَمِيَّ وَقَدْ تُمْسَكُ لِلْأَكْلِ، فَمِنْ هٰذَا الوَجْهِ تُشْبِهُ المَأْكُولَاتِ فَعَمِلْنَا بِالشَّبَهَيْنِ بِشَبَهِ الآدَمِيِّ فِي إِيجَابِ الرُّبْعِ وَبِالشَّبَهِ الآخَرِ فِي نَفْيِ النِّصْفِ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يُمْكِنُ إِقَامَةُ العَمَلِ بِهَا بِأَرْبَعَةِ أَعْيُنٍ عَيْنَاهَا وَعَيْنَا المُسْتَعْمِلِ فَكَأَنَّهَا ذَاتُ أَعْيُنٍ أَرْبَعَةٍ فَيَجِبُ الرُّبْعُ بِفَوَاتِ إِحْدَاهَا.

قَالَ: (وَمَنْ سَارَ عَلَىٰ دَابَّةٍ فِي الطَّرِيقِ فَضَرَبَهَا رَجُلٌ أَوْ نَخَسَهَا فَنَفَحَتْ رَجُلًا أَوْ ضَرَبَتْهُ بِيَدِهَا أَوْ نَفَرَتْ فَصَدَمَتْهُ فَقَتَلَتْهُ كَانَ ذٰلِكَ عَلَىٰ النَّاخِسِ دُونَ الرَّاكِبِ) هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -، وَلِأَنَّ الرَّاكِبَ وَالْمَرْكَبَ مَدْفُوعَانِ بِدَفْعِ النَّاخِسِ فَأُضِيفَ فِعْلُ الدَّابَّةِ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ فَعَلَهُ بِيَدِهِ، وَلِأَنَّ النَّاخِسَ مُتَعَدٍّ فِي تَسْبِيبِهِ وَالرَّاكِبُ فِي فِعْلِهِ

قوله: فَعَمِلْنَا بِالشَّبَهَيْنِ، بشبه الآدمي في إيجاب الربع من حيث إِوْجَبنا المقدر من غير اعتبار النقصان، وبالشبه الآخر في نفي النصف، فوجب نصف التقدير الواجب عملًا بِهما، وذكر الإمام التمرتاشي: وقيل: لو فقأ الآخر أو فَقأهما معًا يجب القيمة إن سلم الجثة، وفي جامع أبي بكر رحمه الله تعالىٰ: فقأ عيني الدابة فصاحبها بالخيار إن شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة، وإن شاء أمسكها وضمن النقصان، وهذا لأنَّ المعمول في هذا الباب النصُّ، والنصُّ وَرَد في عينٍ واحدةٍ فيقتصرُ عليه.

قوله: كَانَ ذٰلِكَ عَلَى النَّاخِسِ دُونَ الرَّاكِبِ، لِمَا بيناه، أي من الأثر والمعقول.

غَيْرُ مُتَعَدٍّ فَيَتَرَجَّحُ جَانِبُهُ فِي التَّغْرِيمِ لِلتَّعَدِّي، حَتَّىٰ لَوْ كَانَ وَاقِفًا دَابَّتَهُ عَلَىٰ الطَّرِيقِ يَكُونُ الضَّمَانُ عَلَىٰ الرَّاكِبِ وَالنَّاخِسِ نِصْفَيْنِ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي الإِيقَافِ أَيْضًا.

قَالَ: (وَإِنْ نَفَحَتِ النَّاخِسَ كَانَ دَمُهُ هَدَرًا) لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الجَانِي عَلَىٰ نَفْسِهِ (وَإِنْ أَلْقَتِ الرَّاكِبَ فَقَتَلَتْهُ كَانَ دِيَتُهُ عَلَىٰ عَاقِلَةِ النَّاخِسِ) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي تَسْبِيبِهِ وَفِيهِ الدِّيَةُ عَلَىٰ العَاقِلَةِ.

قَالَ: (وَلَوْ وَثَبَتْ بِنَخْسِهِ عَلَىٰ رَجُلٍ أَوْ وَطِئَتْهُ فَقَتَلَتْهُ كَانَ ذٰلِكَ عَلَىٰ النَّاخِسِ دُونَ الرَّاكِبِ) لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَالْوَاقِفُ فِي مِلْكِهِ وَالَّذِي يَسِيرُ فِي ذٰلِكَ سَوَاءٌ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَىٰ النَّاخِسِ وَالرَّاكِبِ نِصْفَيْنِ، لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِثِقَلِ الرَّاكِبِ وَوَطْءِ الدَّابَّةِ، وَالثَّانِي مُضَافٌ إِلَىٰ النَّاخِسِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ نَخَسَهَا بِإِذْنِ الرَّاكِبِ كَانَ ذٰلِكَ بِمَنْزِلَةِ فِعْلِ الرَّاكِبِ لَوْ نَخَسَهَا، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي نَفْحَتِهَا لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِمَا يَمْلِكُهُ، إِذِ النَّخْسُ فِي مَعْنَىٰ السَّوْقِ

قوله: وَالْوَاقِفُ فِي مِلْكِهِ وَالَّذِي يَسِيرُ فِي ذٰلِكَ سَوَاءٌ، أي يجبُ الضمان على الناخس في كل حال، لأنَّ الوقوفَ في ملكه ليس بتعدٍّ كالسير فيه، بخلاف الوقوف في الطريق فإنه تعدٍّ، ولهذا يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لأنه متعدٍّ في الإيقاف أيضًا، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنه إذا أَوْطأت رجلًا فالدية على الراكب والناخس نصفين، لأنه إنَّما تلفَ بثقل الراكب الدابة ووطء الدابة،

فَصَحَّ أَمْرُهُ بِهِ، وَانْتَقَلَ إِلَيْهِ لِمَعْنَىٰ الأَمْرِ.

قَالَ: (وَلَوْ وَطِئَتْ رَجُلًا فِي سَيْرِهَا وَقَدْ نَخَسَهَا النَّاخِسُ بِإِذْنِ الرَّاكِبِ فَالدِّيَةُ عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ جَمِيعًا إِذَا كَانَتْ فِي فَوْرِهَا الَّذِي نَخَسَهَا) لِأَنَّ سَيْرَهَا فِي تِلْكَ الحَالَةِ مُضَافٌ إِلَيْهِمَا، وَالْإِذْنُ يَتَنَاوَلُ فِعْلَهُ مِنْ حَيْثُ السَّوْقُ وَلَا يَتَنَاوَلُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِتْلَافٌ، فَمِنْ هٰذَا الوَجْهِ يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ، وَالرُّكُوبُ وَإِنْ كَانَ عِلَّةً لِلْوَطْءِ فَالنَّخْسُ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِهٰذِهِ العِلَّةِ بَلْ هُوَ شَرْطٌ أَوْ عِلَّةٌ لِلسَّيْرِ وَالسَّيْرُ عِلَّةٌ لِلْوَطْءِ وَبِهٰذَا لَا يَتَرَجَّحُ صَاحِبُ العِلَّةِ، كَمَنْ جَرَحَ إِنْسَانًا فَوَقَعَ فِي بِئْرٍ حَفَرَهَا غَيْرُهُ عَلَىٰ قَارِعَةِ الطَّرِيقِ وَمَاتَ فَالدِّيَةُ عَلَيْهِمَا لِمَا أَنَّ الحَفْرَ شَرْطُ عِلَّةٍ أُخْرَىٰ دُونَ عِلَّةِ الجَرْحِ كَذَا هٰذَا. ثُمَّ قِيلَ: يَرْجِعُ النَّاخِسُ عَلَىٰ الرَّاكِبِ بِمَا ضَمِنَ فِي الإِيطَاءِ لِأَنَّهُ فَعَلَهُ بِأَمْرِهِ. وَقِيلَ: لَا يَرْجِعُ وَهُوَ الأَصَحُّ فِيمَا أَرَاهُ، لِأَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِالْإِيطَاءِ وَالنَّخْسُ يَنْفَصِلُ عَنْهُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ صَبِيًّا يَسْتَمْسِكُ عَلَىٰ الدَّابَّةِ بِتَسْيِيرِهَا فَوَطِئَتْ إِنْسَانًا وَمَاتَ حَتَّىٰ ضَمَّنَ عَاقِلَةَ الصَّبِيِّ

ووطء الدابة مضافٌ إلى الناخس فيضمنان.

قوله: كَمَا إِذَا أَمَرَ صَبِيًّا يَسْتَمْسِكُ، قيَّد الصبيَّ بأنه يستمسكُ على الدابة لأنه إذا لم يكن مستمسكًا على الدابة لا ضمانَ علىٰ أحدٍ، وفي الذخيرة في فصل القسامة: وإن كان الصبيُّ ممن لا يستمسك عليها ولا يسيرُ الدابة وقد حمله الرجلُ والدابة واقفةٌ ثمَّ صارت فأوْطأت إنسانًا أو أفسدت متاعًا فإنه لا يجبُ ضمان ذلك على الصبي ولا على

فَإِنَّهُمْ لَا يَرْجِعُونَ عَلَىٰ الآمِرِ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالتَّسْيِيرِ وَالْإِيطَاءُ يَنْفَصِلُ عَنْهُ، وَكَذَا إِذَا نَاوَلَهُ سِلَاحًا فَقَتَلَ بِهِ آخَرَ حَتَّىٰ ضَمِنَ لَا يَرْجِعُ عَلَىٰ الآمِرِ، ثُمَّ النَّاخِسُ إِنَّمَا يَضْمَنُ إِذَا كَانَ الإِيطَاءُ فِي فَوْرِ النَّخْسِ حَتَّىٰ يَكُونَ السَّوْقُ مُضَافًا إِلَيْهِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي فَوْرِ ذٰلِكَ فَالضَّمَانُ عَلَىٰ الرَّاكِبِ لِانْقِطَاعِ أَثَرِ النَّخْسِ فَبَقِيَ السَّوْقُ مُضَافًا إِلَىٰ الرَّاكِبِ عَلَىٰ الكَمَالِ.

(وَمَنْ قَادَ دَابَّةً فَنَخَسَهَا رَجُلٌ فَانْفَلَتَتْ مِنْ يَدِ القَائِدِ فَأَصَابَتْ فِي فَوْرِهَا فَهُوَ عَلَىٰ النَّاخِسِ وَكَذَا إِذَا كَانَ لَهَا سَائِقٌ فَنَخَسَهَا غَيْرُهُ) لِأَنَّهُ مُضَافٌ إِلَيْهِ، وَالنَّاخِسُ إِذَا كَانَ عَبْدًا فَالضَّمَانُ فِي رَقَبَتِهِ، ....

الذي حمل الصبيَّ على الدابة، أمَّا لا ضمانَ على الصبي لأنَّ الصبيَّ إذا كان ممن لا يسيِّر الدابةَ فسير الدابة لا يكون مضافًا إلى الصبيِّ فيكون الصبي عليها بمنزلة الجمل على الدابة، وأمَّا لا يجب الضمان على الرجل لأنَّ الرجل لم يسير الدابة، وإذا لم يجز أن يضاف سير الدابة إلىٰ واحد منهما كانت سائرةً باختيارها فكانت منفلتة، وما أصابت منفلتة فهو هدرٌ.

قوله: وَالنَّاخِسُ إِذَا كَانَ عَبْدًا فَالضَّمَانُ فِي رَقَبَتِهِ، أي يدفعُ بها أو يفدي، هذا إذا نخسه بغير إذن الراكب، وأمَّا إذا نخسه بإذن الراكب فلا تخلو إمَّا إن كانت من الدابة نفحةً أو وطئًا، ذكر في المبسوط، وأمَّا إذا كان الرجل يسير في الطريق فأمر عبد الغير فنخس دابته فنفحت فلا ضمانَ على واحدٍ منهما، لأنَّ فعل المأمور كفعل الآمر عبدًا كان المأمور أو حرًّا، فإن وطئت في فورها ذلك إنسانًا فقتلته فعلىٰ عاقلة الراكب نصف

وَإِنْ كَانَ صَبِيًّا فَفِي مَالِهِ لِأَنَّهُمَا مُؤَاخَذَانِ بِأَفْعَالِهِمَا) وَلَوْ نَخَسَهَا شَيْءٌ مَنْصُوبٌ فِي الطَّرِيقِ فَنَفَحَتْ إِنْسَانًا فَقَتَلَتْهُ فَالضَّمَانُ عَلَىٰ مَنْ نَصَبَ ذٰلِكَ الشَّيْءَ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ بِشَغْلِ الطَّرِيقِ فَأُضِيفَ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ نَخَسَهَا بِفِعْلِهِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه، بمنزلة السائق مع الراكب، إلا أنَّ المولىٰ يرجع على الآمر بالأقلِّ من قيمة العبد ومن نصف الدية، لأنه صار غاصبًا للعبد باستعماله إيَّاه في نخس الدابة، فإذا لحقه ضمانٌ بذلك السبب كان للمولىٰ أن يرجع به على المستعمل له، وكذلك لو أمره بسوق الدابة أو بقودها، ولو كان الراكبُ عبدًا فأمر عبدًا آخر فساقَ دابته فأوْطَأت إنسانًا فقتلته فالدية في أعناقهما نصفين، يدفعان أو يفديان، بمنزلة السائق مع الراكب، ولا شيءَ على الراكب لمولى العبد المأمور إذا كان الراكبُ محجورًا عليه حتَّىٰ يعتقُ، لأنَّ سبب وجوب هذا الضمان استعماله إيَّاه بالقول، والمحجور لا يؤاخذ بضمان القول حتَّىٰ يعتقُ، فإذا أعْتَق كان عليه قيمة المأمور لمولاه، فإن كان تاجرًا أو مكاتبًا فهو دينٌ في عنقه لأنه مؤاخذ بضمان القول في الحال.

قوله: وَإِنْ كَانَ صَبِيًّا فَفِي مَالِهِ، قال العلامة النسفي رحمه الله تعالىٰ في الكافي: يحتملُ أن يراد به إذا كانت الجناية على المال أو فيما دون أرش الموضحة، قلتُ: ويحتمل أن يراد به أنَّ الصبي إذا كان من العجم لأنه لا عاقلةَ للعجم، والله أعلم بالصَّواب.

بَابُ جِنَايَةِ المَمْلُوكِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهِ

قَالَ: (وَإِذَا جَنَىٰ العَبْدُ جِنَايَةَ خَطَإٍ قِيلَ لِمَوْلَاهُ: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ بِهَا أَوْ تَفْدِيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: جِنَايَتُهُ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهَا إِلَّا أَنْ يَقْضِيَ المَوْلَىٰ الأَرْشَ، وَفَائِدَةُ الِاخْتِلَافِ فِي اتِّبَاعِ الجَانِي بَعْدَ العِتْقِ. وَالْمَسْأَلَةُ مُخْتَلِفَةٌ بَيْنَ الصَّحَابَةِ - رِضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ -. لَهُ أَنَّ الأَصْلَ فِي مُوجِبِ الجِنَايَةِ أَنْ يَجِبَ عَلَىٰ المُتْلِفِ لِأَنَّهُ هُوَ الجَانِي، إِلَّا أَنَّ العَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُ عَنْهُ، وَلَا عَاقِلَةَ لِلْعَبْدِ لِأَنَّ العَقْلَ عِنْدِي بِالْقَرَابَةِ وَلَا قَرَابَةَ بَيْنَ العَبْدِ وَمَوْلَاهُ فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ ....

باب جناية المملوك والجناية عليه

قوله: وَفَائِدَةُ الِاخْتِلَافِ فِي اتِّبَاعِ الجَانِي بَعْدَ العِتْقِ، فعندنا إذا أَعْتَق المولىٰ بعد العلم بالجناية كان مختارًا للفداء، وعنده لا يطالب المولىٰ بعد العتق بل يطالب العبدُ، والمسئلة مختلفةٌ بين الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم، فعن ابن عباس رضي الله تعالىٰ عنه مثل مذهبنا، وعن عُمر وعليّ رضي الله تعالىٰ عنهما مثل مذهبه.

قوله: فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ، أي في ذمة العبد، لأنَّ ضمان الجناية في حقِّ من لا عاقلةَ له بمنزلة ضمان المال فيكون واجبًا في ذمته، ثمَّ الدين في ذمة العبد يكون شاغلًا لمالية رقبته فيُباع فيه، إلَّا أن يقضي المولىٰ دينه.

كَمَا فِي الدَّيْنِ. وَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ كَمَا فِي الجِنَايَةِ عَلَىٰ المَالِ. وَلَنَا أَنَّ الأَصْلَ فِي الجِنَايَةِ عَلَىٰ الآدَمِيِّ حَالَةَ الخَطَإِ أَنْ تَتَبَاعَدَ عَنِ الجَانِي تَحَرُّزًا عَنِ اسْتِئْصَالِهِ وَالإِجْحَافِ بِهِ، إِذْ هُوَ مَعْذُورٌ فِيهِ حَيْثُ لَمْ يَتَعَمَّدِ الجِنَايَةَ، وَتَجِبُ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الجَانِي إِذَا كَانَ لَهُ عَاقِلَةٌ، وَالْمَوْلَىٰ عَاقِلَتُهُ لِأَنَّ العَبْدَ يَسْتَنْصِرُ بِهِ، وَالْأَصْلُ فِي العَاقِلَةِ عِنْدَنَا النُّصْرَةُ حَتَّىٰ تَجِبَ عَلَىٰ أَهْلِ الدِّيوَانِ. بِخِلَافِ الذِّمِّيِّ لِأَنَّهُمْ لَا يَتَعَاقَلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ فَلَا عَاقِلَةَ فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ صِيَانَةً لِلدَّمِ عَنِ الهَدَرِ، وَبِخِلَافِ الجِنَايَةِ عَلَىٰ المَالِ؛ لِأَنَّ العَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ المَالَ،

قوله: كَمَا فِي الدَّيْنِ، وهو ظاهرٌ على ما قلنا، وفي بعض النسخ: كما في الذمي، يعني إذا قتل الذميُّ رجلًا خطأً يجب ديته في ذمته لا علىٰ عاقلته كما في إتلاف المال، وقوله بعد هذا: **بِخِلَافِ الذِّمِّيِّ**، يدلُّ علىٰ صحة هذه النسخة، وحجتنا في ذلك أنَّ المستحق بالجناية على النفوس نفس الجانِي إذا أمْكن، ألا ترىٰ أنَّ في جناية العمد المستحق نفس الجانِي قصاصًا حرًّا كان أو عبدًا، وكذلك في الخطأ إلَّا أنَّ استحقاق النفس نوعان: أحدهما: بطريق الإتلاف عقوبةً والآخر بطريق التملك علىٰ وجه الجبر، والعبدُ من أهل أن يستحقَّ نفسه بالطريقين جميعًا، فيكون العبد مساويًا للحرِّ في حالة العمد ويكون مفارقًا له في حالة الخطأ، لأنَّ عذر الخطأ لا يمنعُ استحقاق نفسه تملكًا، والسببُ يوجب الحكم في محلِّه، وفي حقِّ الحرِّ لم يصادف محله وفي حقِّ العبد السبب قد صادفَ محله ويكون مفيدًا حكمه، وهو أنَّ نفسه صارت مستحقةً للمجنىٰ عليه تملكًا لتحقق معنى الصيانة عن الهدر، والطريق الثاني أنَّ الأصلَ في الجناية على الآدميِّ أن يباعدَ عن الجانِي، إلىٰ آخر ما ذكر في الكتاب.

إِلَّا أَنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ لِأَنَّهُ وَاحِدٌ، وَفِي إِثْبَاتِ الخِيرَةِ نَوْعُ تَخْفِيفٍ فِي حَقِّهِ كَيْ لَا يُسْتَأْصَلَ، غَيْرَ أَنَّ الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ هُوَ الدَّفْعُ فِي الصَّحِيحِ، وَلِهٰذَا يَسْقُطُ المُوجِبُ بِمَوْتِ العَبْدِ لِفَوَاتِ مَحَلِّ الوَاجِبِ وَإِنْ كَانَ لَهُ حَقُّ النَّقْلِ إِلَىٰ الفِدَاءِ كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ،

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يُخَيَّرُ، أي يخيَّر المولىٰ في أصل المسئلة، وهو ما إذا جنى العبدُ جنايةً خطأً، وهذا استثناءٌ من قوله: والمولىٰ عاقلته، يعني بالنظر إلىٰ أنَّ المولىٰ عاقلته ينبغي أن لا يثبت الخيارُ للمولىٰ بين الدفع والفداء، كما لا يثبت هذا الخيار لسائر العواقل، وفرق بين المولىٰ وسائر العواقل بهذا وقال: إنَّما يخيَّر المولىٰ ههنا لأنَّ التخيير للتخفيف، والتخفيفُ مطلوبٌ في الموضعين، غيرَ أنَّ أثر التخفيف ظهرَ في سائر العواقل بوجهٍ آخر وهو التوزيع والقسمة عليهم علىٰ وجهٍ لا يورث الإجحاف، لأنَّ بِهم كثرةً فكان تخفيفًا، وأمَّا ههنا فالمولىٰ واحدٌ فإثبات التخفيف فيه إنَّما يثبتُ بإثبات الخيار له.

قوله: غَيْرَ أَنَّ الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ هُوَ الدَّفْعُ فِي الصَّحِيحِ، ذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: والصحيحُ أنَّ الأصلَ هو الدية والأرش، لكن للمولىٰ أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني، وفي الأسرار: وقد ذكر بعض مشايخنا أنَّ الواجبَ الأصليَّ هو الأرش على المولىٰ وله المخلص بالدفع، ثمَّ قال: والروايةُ بخلاف هذا في غير موضعٍ، وقد نصَّ محمد بن الحسن أنَّ الواجب هو العبدُ.

قوله: وَلِهٰذَا يَسْقُطُ المُوجِبُ بِمَوْتِ العَبْدِ، أي إذا هلكَ العبدُ قبل الاختيار برئ المولىٰ من مطالبة المجنىٰ عليه حقَّه من الدَّفع أو الفداء، وهذا يدلُّ علىٰ أنَّ الموجب الأصليَّ هو الدفعُ.

قوله: كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ، فإنَّ موجب مال الزكاة وهو إيتاءُ جزءٍ من النصاب

بِخِلَافِ مَوْتِ الجَانِي الحُرِّ لِأَنَّ الوَاجِبَ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْحُرِّ اسْتِيفَاءً فَصَارَ كَالْعَبْدِ فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ.

قَالَ: (فَإِنْ دَفَعَهُ مَلَكَهُ وَلِيُّ الجِنَايَةِ وَإِنْ فَدَاهُ فَدَاهُ بِأَرْشِهَا وَكُلُّ ذٰلِكَ يَلْزَمُ حَالًّا) أَمَّا الدَّفْعُ فَلِأَنَّ التَّأْجِيلَ فِي الأَعْيَانِ بَاطِلٌ وَعِنْدَ اخْتِيَارِهِ الوَاجِبَ عُيِّنَ. وَأَمَّا الفِدَاءُ فَلِأَنَّهُ جُعِلَ بَدَلًا عَنِ العَبْدِ فِي الشَّرْعِ وَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا بِالْمُتْلَفِ وَلِهٰذَا سُمِّيَ فِدَاءً فَيَقُومُ مَقَامَهُ وَيَأْخُذُ حُكْمَهُ فَلِهٰذَا وَجَبَ حَالًّا كَالْمُبْدَلِ (وَأَيُّهُمَا اخْتَارَهُ وَفَعَلَهُ لَا شَيْءَ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ غَيْرُهُ) أَمَّا الدَّفْعُ فَلِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ، فَإِذَا خَلَّىٰ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّقَبَةِ سَقَطَ. وَأَمَّا الفِدَاءُ فَلِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا الأَرْشُ، فَإِذَا أَوْفَاهُ حَقَّهُ سَلَّمَ العَبْدَ لَهُ، فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ شَيْئًا حَتَّىٰ مَاتَ العَبْدُ بَطَلَ حَقُّ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ لِفَوَاتِ مَحَلِّ حَقِّهِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَمَا اخْتَارَ الفِدَاءَ لَمْ يَبْرَأْ لِتَحَوُّلِ الحَقِّ مِنْ رَقَبَةِ العَبْدِ إِلَىٰ ذِمَّةِ المَوْلَىٰ.

يسقطُ بِهلاك النصاب بعد الحول، لأنَّ الواجبَ جزءٌ من النصاب فيسقط بِهلاكه وإن كان لصاحبه حقُّ نقل أداء الزكاة من مالٍ إلىٰ آخر، بخلاف جناية الحرِّ حيث لا يتعلق الواجب بذمته استيفاءً، لأنه ليسَ بمالٍ فلم يسقط بموت الجانِي كالعبد في صدقة الفطر لمَّا لم تتعلق صدقة الفطر برقبة العبد استيفاءً لا تسقطُ صدقة الفطر بموته.

قوله: لِفَوَاتِ مَحَلِّ حَقِّهِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، إشارةٌ إلىٰ قوله: غيرَ أنَّ الواجب الأصلي هو الدفع، إلىٰ آخره.

قَالَ: (فَإِنْ عَادَ فَجَنَىٰ كَانَ حُكْمُ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ كَحُكْمِ الجِنَايَةِ الأُولَىٰ) مَعْنَاهُ بَعْدَ الفِدَاءِ لِأَنَّهُ لَمَّا طَهُرَ عَنِ الجِنَايَةِ بِالْفِدَاءِ جُعِلَ كَأَنْ لَمْ تَكُنْ، وَهٰذَا ابْتِدَاءُ جِنَايَةٍ.

قَالَ: (وَإِنْ جَنَىٰ جِنَايَتَيْنِ قِيلَ لِلْمَوْلَىٰ إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ إِلَىٰ وَلِيِّ الجِنَايَتَيْنِ يَقْتَسِمَانِهِ عَلَىٰ قَدْرِ حَقَّيْهِمَا وَإِمَّا أَنْ تَفْدِيهِ بِأَرْشِ كُلِّ وَاحِدٍ وَاحِدٍ مِنْهُمَا) لِأَنَّ تَعَلُّقَ الأَوَّلِ بِرَقَبَتِهِ لَا يَمْنَعُ تَعَلُّقَ الثَّانِيَةِ بِهَا كَالدُّيُونِ المُتَلَاحِقَةِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ مِلْكَ المَوْلَىٰ لَمْ يَمْنَعْ تَعَلُّقَ الجِنَايَةِ فَحَقُّ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ الأَوَّلِ أَوْلَىٰ أَنْ لَا يُمْنَعَ، وَمَعْنَىٰ قَوْلِهِ عَلَىٰ قَدْرِ حَقَّيْهِمَا

قوله: فَإِنْ عَادَ فَجَنَىٰ كَانَ حُكْمُ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ كَحُكْمِ الجِنَايَةِ الأُولَىٰ، أي يُقال للمولىٰ: ادفعه بالجناية الثانية أو افده كما هو الحكم في الجناية الأولىٰ.

قوله: مَعْنَاهُ بَعْدَ الفِدَاءِ، إنَّما فسَّر المسئلة بِهذا لأنه إذا لم يفده عن الجناية الأولىٰ ثمَّ جنىٰ أخرىٰ كانت المسئلة عين المسئلة الثانية، وهو قوله: وَإِنْ جَنَىٰ جِنَايَتَيْنِ قِيلَ لِلْمَوْلَىٰ إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ، إلىٰ آخره.

قوله: لِأَنَّ تَعَلُّقَ الأَوَّلِ بِرَقَبَتِهِ لَا يَمْنَعُ تَعَلُّقَ الثَّانِيَةِ، وهذا بخلاف الرهن، فإنَّ تعلُّق حقِّ المرتَهن بالرهن يمنعُ تعلق حقِّ الثانِي به، حتى أنَّ الراهن لو ماتَ بعد الرهن وعليه دُيونٌ لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون به، لأنَّ الرهنَ إيفاءٌ حكمًا والارتِهان استيفاء حكمًا فيعتبران بالإيفاء والاستيفاء الحقيقيين، ففي الحقيقي لا يبقىٰ تعلق فكذا في الحكميِّ.

قوله: وَمَعْنَىٰ قَوْلِهِ عَلَىٰ قَدْرِ حَقَّيْهِمَا، أي قدر أرش جنايتيهما، لأنَّ المستحق إنَّما

عَلَىٰ قَدْرِ أَرْشِ جِنَايَتِهِمَا (وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً يَقْتَسِمُونَ العَبْدَ المَدْفُوعَ عَلَىٰ قَدْرِ حِصَصِهِمْ وَإِنْ فَدَاهُ فَدَاهُ بِجَمِيعِ أُرُوشِهِمْ) لِمَا ذَكَرْنَا (وَلَوْ قَتَلَ وَاحِدًا وَفَقَأَ عَيْنَ آخَرَ يَقْتَسِمَانِهِ أَثْلَاثًا) لِأَنَّ أَرْشَ العَيْنِ عَلَىٰ النِّصْفِ مِنْ أَرْشِ النَّفْسِ، وَعَلَىٰ هٰذَا حُكْمُ الشَّجَّاتِ (وَلِلْمَوْلَىٰ أَنْ يَفْدِيَ مِنْ بَعْضِهِمْ وَيَدْفَعَ إِلَىٰ بَعْضِهِمْ مِقْدَارَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ مِنَ العَبْدِ) لِأَنَّ الحُقُوقَ مُخْتَلِفَةٌ بِاخْتِلَافِ أَسْبَابِهَا وَهِيَ الجِنَايَاتُ المُخْتَلِفَةُ، بِخِلَافِ مَقْتُولِ العَبْدِ إِذَا كَانَ لَهُ وَلِيَّانِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَفْدِيَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَيَدْفَعَ إِلَىٰ الآخَرِ لِأَنَّ الحَقَّ مُتَّحِدٌ لِاتِّحَادِ سَبَبِهِ وَهِيَ الجِنَايَةُ المُتَّحِدَةُ، وَالْحَقُّ يَجِبُ لِلْمَقْتُولِ ثُمَّ لِلْوَارِثِ خِلَافَةً عَنْهُ فَلَا يَمْلِكُ التَّفْرِيقَ فِي مُوجَبِهَا.

قَالَ: (فَإِنْ أَعْتَقَهُ المَوْلَىٰ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ ضَمِنَ الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ

يستحقه عوضًا عمَّا فات عليه فلا بُدَّ من أن تقسم علىٰ قدر المعوض، كذا في الإيضاح.

قوله: لِأَنَّ أَرْشَ العَيْنِ، أي العين الواحدة.

قوله: وَالْحَقُّ يَجِبُ لِلْمَقْتُولِ ثُمَّ لِلْوَارِثِ خِلَافَةً عَنْهُ، هذا جوابُ إشكالٍ وهو أن يقال: الحقُّ وإن كان متحدًا بالنظر إلى السبب فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين، فينبغي أن يتمكَّن المولىٰ من أن يفدىٰ من أحدهما وأن يدفع إلى الآخر، كما في الجنايات المختلفة.

قوله: فَإِنْ أَعْتَقَهُ المَوْلَىٰ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ ضَمِنَ الأَقَلَّ، إلىٰ آخره، والأصلُ

وَمِنْ أَرْشِهَا، وَإِنْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ العِلْمِ بِالْجِنَايَةِ وَجَبَ عَلَيْهِ الأَرْشُ) لِأَنَّ فِي الأَوَّلِ فَوْتُ حَقِّهِ فَيَضْمَنُهُ وَحَقُّهُ فِي أَقَلِّهِمَا، وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ لِأَنَّهُ لَا اخْتِيَارَ بِدُونِ العِلْمِ، وَفِي الثَّانِي صَارَ مُخْتَارًا لِأَنَّ الإِعْتَاقَ يَمْنَعُهُ مِنَ الدَّفْعِ فَالْإِقْدَامُ عَلَيْهِ اخْتِيَارٌ مِنْهُ لِلْآخَرِ، وَعَلَىٰ هٰذَيْنِ الوَجْهَيْنِ البَيْعُ وَالْهِبَةُ وَالتَّدْبِيرُ وَالِاسْتِيلَادُ، لِأَنَّ كُلَّ ذٰلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الدَّفْعَ لِزَوَالِ المِلْكِ بِهِ، بِخِلَافِ الإِقْرَارِ عَلَىٰ رِوَايَةِ الأَصْلِ لِأَنَّهُ

في جنس هذه المسائل أنَّ المولىٰ متىٰ أحدث في العبد تصرفًا يعجزه عن الدفع وهو عالمٌ بالجناية يصير مختارًا للفداء، وإذا أحدث تصرُّفًا لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختارًا وإن كان عالمًا بالجناية.

قوله: وَحَقُّهُ فِي أَقَلِّهِمَا، الدليلُ علىٰ أنَّ حقه في أقلهما أنه ليسَ له ولاية المطالبة بالأكثر.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَيْنِ الوَجْهَيْنِ البَيْعُ وَالْهِبَةُ، أي كونه عالمًا وقت التصرُّف وغير عالم.

قوله: بِخِلَافِ الإِقْرَارِ عَلَىٰ رِوَايَةِ الأَصْلِ، يعني إذا أقرَّ الرجلُ الذي في يده العبد الجانِي بأنَّ هذا العبد الجانِي لفلان لا يصير مختارًا للفداء، وفي المبسوط: ولو أنَّ عبدًا في يد رجلٍ جنىٰ جنايةً فقال وليُّ الجناية: هو عبدك، وقال الرجل: هو وديعةٌ عندي لفلانٍ، أو عاريةٌ، أو إجارةٌ، أو رهنٌ، فإن أقامَ علىٰ ذلك بينةً أخرت الأمر فيه إلىٰ أن يقدم الغائبُ، فإن لم يقم بينة خوطِب بالدفع أو الفداء، وقال زفر رحمه الله تعالىٰ: هو مختار للدية بمجرَّد قوله: أنَّ هذا العبد لفلان، لأنه زعمَ أنه لا سبيلَ له علىٰ دفعه فيجعل به مفوتًا للدفع مختارًا للفداء، كما لو أعتقه، ولكنَّا نقول: هو بكلامه هذا يزعمُ أنه ليسَ بخصمٍ في

لَا يَسْقُطُ بِهِ حَقُّ وَلِيِّ الجِنَايَةِ، فَإِنَّهُ المُقَرُّ لَهُ يُخَاطَبُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ. وَلَيْسَ فِيهِ نَقْلُ المِلْكِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الأَمْرُ كَمَا قَالَهُ المُقِرُّ وَأَلْحَقَهُ الكَرْخِيُّ بِالْبَيْعِ وَأَخَوَاتِهِ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ فِي الظَّاهِرِ فَيَسْتَحِقُّهُ المُقَرُّ لَهُ بِإِقْرَارِهِ فَأَشْبَهَ البَيْعَ. وَإِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ يَنْتَظِمُ النَّفْسَ وَمَا دُونَهَا، وَكَذَا المَعْنَىٰ لَا يَخْتَلِفُ وَإِطْلَاقُ البَيْعِ يَنْتَظِمُ البَيْعَ بِشَرْطِ

هذه الجناية أصلًا واختياره يبتنىٰ علىٰ كونه خصمًا، فإذا ثبتَ بالبينة أنه ليسَ بخصمٍ فيه صار إثبات ذلك بالبينة كالإثبات بالمعاينة، وإن لم يقم بينةً علىٰ ذلك فهو الخصم باعتبار ظهور يده فيه، وهو متمكِّنٌ من دفعه فيخاطبُ بالدفع أو الفداء، ولا معنىٰ لجعله مختارًا للدية مع تمكُّنه من الدفع بالجناية، وإن فداه ثمَّ قدمَ الغائبُ أخذ عبده بغير شيءٍ، لأنَّ ذا اليد كان أقرَّ بالملك له وقد اتصلَ تصديقه بذلك الإقرار، وقد كان ذو اليد متبرِّعًا في هذا الفداء وإنه ما كان مجبرًا عليه فلا يرجعُ بشيءٍ منه على المقرِّ له، وإن كان دفعه فالغائبُ بالخيار إن شاء أمضىٰ ذلك، وإن شاء أخذ العبد ودفع الأرشَ، لأنَّ تصديقه اتَّصل بذلك الإقرار فيثبتُ الملك له وتبيَّن أنه كان له الخيار.

قوله: لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الأَمْرُ كَمَا قَالَهُ، أي لجواز أن يكون العبدُ عبدًا للمقرِّ له بالدفع إلىٰ وليِّ الجناية.

قوله: وَأَلْحَقَهُ الكَرْخِيُّ بِالْبَيْعِ، وفي الإيضاح: وقد أطْلَق أبو الحسن أنه يصيرُ مختارًا وهو روايةٌ خارجةٌ عن الأصول.

قوله: وَإِطْلَاقُ الجَوَابِ، وهو قوله: ضمن الأقلَّ من قيمته ومن أرشها، إلىٰ آخره.

قوله: وَإِطْلَاقُ البَيْعِ يَنْتَظِمُ البَيْعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي، يعني إذا باعَ مولى العبد الجانِي العبدَ بشرط الخيار للمشتري كان ذلك اختيارًا منه للفداء، وفي الإيضاح:

الخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ يُزِيلُ المِلْكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَنَقْضَهُ، وَبِخِلَافِ العَرْضِ عَلَىٰ البَيْعِ لِأَنَّ المِلْكَ مَا زَالَ، وَلَوْ بَاعَهُ بَيْعًا فَاسِدًا لَمْ يَصِرْ مُخْتَارًا حَتَّىٰ يُسَلِّمَهُ لِأَنَّ الزَّوَالَ بِهِ، بِخِلَافِ الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ لِأَنَّ مُوجَبَهُ يَثْبُتُ قَبْلَ قَبْضِ البَدَلِ فَيَصِيرُ بِنَفْسِهِ مُخْتَارًا، وَلَوْ بَاعَهُ مَوْلَاهُ مِنَ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ فَهُوَ مُخْتَارٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَهَبَهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ المُسْتَحِقَّ لَهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ عِوَضٍ وَهُوَ مُتَحَقِّقٌ فِي الهِبَةِ دُونَ البَيْعِ، وَإِعْتَاقُ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِأَمْرِ المَوْلَىٰ بِمَنْزِلَةِ إِعْتَاقِ المَوْلَىٰ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ، لِأَنَّ فِعْلَ المَأْمُورِ مُضَافٌ إِلَيْهِ، وَلَوْ ضَرَبَهُ فَنَقَصَهُ فَهُوَ مُخْتَارٌ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْجِنَايَةِ لِأَنَّهُ حَبَسَ جُزْءًا مِنْهُ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ بِكْرًا فَوَطِئَهَا

أمَّا علىٰ قولهما فلأنَّ الملك يثبت للمشتري، وعلىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ ملك البائع يزولُ وإن لم يثبت للمشتري، وفواتُ الدفع يكونُ بزوال ملك البائع.

قوله: بِخِلَافِ الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ، أي يصير مختارًا للفداء بمجرَّد عقد الكتابة الفاسدة، بخلاف البيع الفاسد فإنَّ هناكَ لا يكون مختارًا للفداء قبل التسليم إلى المشتري، وفي الإيضاح: أنَّ موجب عقد الكتابة الفاسدة يثبتُ بنفس العقد وهو تعليق العتق بالأداء، فكانت الكتابة نظيرًا لبيع الفاسد بعد القبض.

قوله: وَلَوْ ضَرَبَهُ فَنَقَصَهُ - أي بأن أثَّر الضرب فيه حتَّىٰ صار مهزولًا، أو قلت قيمته ببقاء أثر الضرب - فَهُوَ مُخْتَارٌ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْجِنَايَةِ، وأمَّا إذا كان ضربه وهو غير عالمٍ بالجناية كان عليه الأقلُّ من قيمته ومن أرش الجناية، إلا أن يرضيَ وليُّ الدم أن يأخذه ناقصًا ولا ضمانَ على المولىٰ، لأنه لمَّا رضيَ به ناقصًا صار كأنَّ ذلك النقصان

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعَلَّقًا لِمَا قُلْنَا بِخِلَافِ التَّزْوِيجِ لِأَنَّهُ عَيْبٌ مِنْ حَيْثُ الحُكْمِ، وَبِخِلَافِ وَطْءِ الثَّيِّبِ عَلَىٰ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ لَا يَنْقُصُ مِنْ غَيْرِ إِعْلَاقٍ، وَبِخِلَافِ الِاسْتِخْدَامِ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِالْمِلْكِ، وَلِهٰذَا لَا يَسْقُطُ بِهِ خِيَارُ الشَّرْطِ وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا بِالْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ فِي الأَظْهَرِ مِنَ الرِّوَايَاتِ، وَكَذَا بِالْإِذْنِ فِي التِّجَارَةِ وَإِنْ رَكِبَهُ دَيْنٌ، لِأَنَّ الإِذْنَ لَا يُفَوِّتُ الدَّفْعَ وَلَا يُنْقِصُ الرَّقَبَةَ، إِلَّا أَنَّ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ

حصلَ بآفةٍ سماويةٍ، ولو ضرب المولىٰ عينه فابيضت وهو عالمٌ به ثمَّ ذهب البياض قبل أن يخاصم فيه لا يكون مختارًا للفداء، بل يدفع أو يفدىٰ لأنَّ النقصان لمَّا زال جعل كأن لم يكن، ولو خوصم في حالة البياض فضمَّنه القاضي الدية ثمَّ زال البياضُ فالقضاءُ نافذٌ لا يرد لأنَّ الخيار قد استحكمَ بانضمام القضاء إليه.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعَلَّقًا، وإنَّما قيَّد به لإثبات الفرق بين وطء البكر والثيب، لأنَّ بوطء الثيب لا يكون مختارًا للفداء ما لم يكن الوطء معلقًا في ظاهر الرواية، ورُويَ عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنَّ مطلق الوطء يكون اختيارًا، لأنَّ الحلَّ يختصُّ بالملك فيكون دليلًا علىٰ إمساك العين، وقول زفر مثل قول أبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ هذا، وقوله: لِمَا قُلْنَا، إشارة إلىٰ قوله: لأنه حبس جزءٍ منه.

قوله: وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا بِالْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ فِي الأَظْهَرِ، هذا احترازٌ عمَّا ذُكر في بعض نسخ الأصل أنه يكون مختارًا للفداء بالرهن والإجارة، لأنه أثبت عليهما يدًا مستحقَّةً فصار كالبيع، ووجه ظاهر الرواية أنَّ الإجارةَ تنقض بالعذر فيكونُ حقُّ وليِّ الجناية فيها عذرًا في نقض الإجارة، والرَّاهن يتمكَّن من قضاء الدين واسترداد الرهن متىٰ شاء فلم يتحقَّق عجزه عن الدفع بِهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارًا.

قَبُولِهِ لِأَنَّ الدَّيْنَ لَحِقَهُ مِنْ جِهَةِ الْمَوْلَىٰ فَلَزِمَ الْمَوْلَىٰ قِيمَتُهُ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: إنْ قَتَلْتَ فُلَانًا أَوْ رَمَيْتَهُ أَوْ شَجَجْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ فَهُوَ مُخْتَارٌ لِلْفِدَاءِ إنْ فَعَلَ ذٰلِكَ) وَقَالَ زُفَرُ: لَا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ لِأَنَّ وَقْتَ تَكَلُّمِهِ لَا جِنَايَةَ وَلَا عِلْمَ لَهُ بِوُجُودِهِ، وَبَعْدَ الْجِنَايَةِ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ فِعْلٌ يَصِيرُ بِهِ مُخْتَارًا؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ عَلَّقَ الطَّلَاقَ أَوِ الْعَتَاقَ بِالشَّرْطِ ثُمَّ حَلَفَ أَنْ لَا يُطَلِّقَ أَوْ لَا يُعْتِقَ وُجِدَ الشَّرْطُ وَثَبَتَ الْعِتْقُ وَالطَّلَاقُ لَا يَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ تِلْكَ، كَذَا هٰذَا. وَلَنَا أَنَّهُ عَلَّقَ الْإِعْتَاقَ بِالْجِنَايَةِ وَالْمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ يُنَزَّلُ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ كَالْمُنَجَّزِ فَصَارَ كَمَا إذَا أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّ مَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَوَاللهِ لَا أَقْرَبُكَ يَصِيرُ ابْتِدَاءُ الْإِيلَاءِ مِنْ وَقْتِ الدُّخُولِ، وَكَذَا

قوله: لِأَنَّ الدَّيْنَ لَحِقَهُ مِنْ جِهَةِ الْمَوْلَىٰ، ووجوب الدَّين في ذمة العبد نقصانٌ للعبد لأنَّ الغرماءَ يتبعون وليِّ الجناية إذا دفع العبدُ إليه فيستبيعونه بديونهم، لكن ذلك بسببٍ من جهة المولىٰ وهو الإذن فكان له أن يمتنعَ من قبوله ناقصًا.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ إنْ قَتَلْتَ فُلَانًا أَوْ رَمَيْتَهُ أَوْ شَجَجْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ، فَهُوَ مُخْتَارٌ لِلْفِدَاءِ إنْ فَعَلَ ذٰلِكَ، أي العبد، وقال زُفر رحمه الله تعالىٰ: لا يصير مختارًا وعليه قيمة العبد، وفي المبسوط: فإن كانت جناية العبد ممَّا يتعلق به القصاصُ فلا شيءَ على المولىٰ، لأنَّ الواجبَ هو القصاصُ على العبد، وذلك لا يختلف بالرقِّ والحرية فلا يصير المولىٰ بالعتق مفوتًا حقَّ وليِّ الجناية، فلذلك لا يلزمه شيءٌ.

إِذَا قَالَ لَهَا إِذَا مَرِضْتُ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَمَرِضَ حَتَّىٰ طَلُقَتْ وَمَاتَ مِنْ ذٰلِكَ المَرَضِ يَصِيرُ فَارًّا لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُطَلِّقًا بَعْدَ وُجُودِ المَرَضِ، بِخِلَافِ مَا أَوْرَدَ لِأَنَّ غَرَضَهُ طَلَاقٌ أَوْ عِتْقٌ يُمْكِنُهُ الِامْتِنَاعُ عَنْهُ، إِذِ اليَمِينُ لِلْمَنْعِ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَهُ مَا لَا يُمْكِنُهُ الِامْتِنَاعُ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُ حَرَّضَهُ عَلَىٰ مُبَاشَرَةِ الشَّرْطِ بِتَعْلِيقِ أَقْوَىٰ الدَّوَاعِي إِلَيْهِ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَفْعَلُهُ، فَهٰذَا دَلَالَةُ الِاخْتِيَارِ.

قَالَ: (وَإِذَا قَطَعَ العَبْدُ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا فَدُفِعَ إِلَيْهِ بِقَضَاءٍ أَوْ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَأَعْتَقَهُ ثُمَّ مَاتَ مِنْ قَطْعِ اليَدِ فَالْعَبْدُ صُلْحٌ بِالْجِنَايَةِ، وَإِنْ لَمْ يُعْتِقْهُ رُدَّ عَلَىٰ المَوْلَىٰ وَقِيلَ لِلْأَوْلِيَاءِ اُقْتُلُوهُ أَوْ اُعْفُوا عَنْهُ) وَوَجْهُ ذٰلِكَ وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُعْتِقْهُ وَسَرَىٰ تَبَيَّنَ أَنَّ الصُّلْحَ وَقَعَ بَاطِلًا لِأَنَّ الصُّلْحَ كَانَ عَنِ المَالِ؛ لِأَنَّ أَطْرَافَ العَبْدِ لَا يَجْرِي القِصَاصُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَطْرَافِ الحُرِّ فَإِذَا سَرَىٰ تَبَيَّنَ أَنَّ المَالَ غَيْرُ وَاجِبٍ، وَإِنَّمَا الوَاجِبُ هُوَ القَوَدُ فَكَانَ الصُّلْحُ وَاقِعًا بِغَيْرِ بَدَلٍ فَبَطَلَ وَالْبَاطِلُ لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ، كَمَا

قوله: فَكَانَ الصُّلْحُ وَاقِعًا بِغَيْرِ بَدَلٍ فَبَطَلَ، فإن قيل: هذا مشكلٌ علىٰ قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فإنَّ عندهما الصلحُ عن الطرف يكون صلحًا عن النفس؟ قلنا: الفرقُ لهما أنَّ الصلح ثمَّة وقع عن القصاص، لأنَّ القصاص يجري بين الحرين في الأطراف فيكون الصُّلح حقيقةً وههنا الدفع ليس بصلحٍ حقيقةً، فإذا سرىٰ تبيَّن أنَّ الواجب ليس بدفعٍ فيكون الصلح واقعًا بغير بدلٍ فلا يمكن اعتبار ذلك صلحًا.

إِذَا وَطِئَ المُطَلَّقَةَ الثَّلَاثَ فِي عِدَّتِهَا مَعَ العِلْمِ بِحُرْمَتِهَا عَلَيْهِ فَوَجَبَ القِصَاصُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَهُ لِأَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَىٰ الإِعْتَاقِ يَدُلُّ عَلَىٰ قَصْدِهِ تَصْحِيحَ الصُّلْحِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَنْ أَقْدَمَ عَلَىٰ تَصَرُّفٍ يَقْصِدُ تَصْحِيحَهُ وَلَا صِحَّةَ لَهُ إِلَّا وَأَنْ يُجْعَلَ صُلْحًا عَنِ الجِنَايَةِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا، وَلِهٰذَا لَوْ نَصَّ عَلَيْهِ وَرَضِيَ المَوْلَىٰ بِهِ يَصِحُّ وَقَدْ رَضِيَ المَوْلَىٰ بِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِكَوْنِ العَبْدِ عِوَضًا عَنِ القَلِيلِ يَكُونُ أَرْضَىٰ بِكَوْنِهِ عِوَضًا عَنِ الكَثِيرِ فَإِذَا أُعْتِقَ يَصِحُّ الصُّلْحُ فِي ضِمْنِ الإِعْتَاقِ ابْتِدَاءً وَإِذَا لَمْ يُعْتِقْ لَمْ يُوجَدِ الصُّلْحُ ابْتِدَاءً وَالصُّلْحُ الأَوَّلُ وَقَعَ بَاطِلًا فَيُرَدُّ العَبْدُ إِلَىٰ المَوْلَىٰ وَالْأَوْلِيَاءُ عَلَىٰ خِيَرَتِهِمْ فِي العَفْوِ وَالْقَتْلِ. وَذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: رَجُلٌ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا فَصَالَحَ القَاطِعُ المَقْطُوعَةَ يَدُهُ عَلَىٰ عَبْدٍ وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ فَأَعْتَقَهُ المَقْطُوعَةُ يَدُهُ ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذٰلِكَ

قوله: لِأَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى الإِعْتَاقِ يَدُلُّ عَلَىٰ قَصْدِهِ تَصْحِيحَ الصُّلْحِ، لأنَّ العاقلَ يقصد بتصرُّفه تصحيحه، ولا صحَّة له إلا بالصلح عن الجناية وما يحدث منهما، فالعقد بينهما صلحٌ عن الجناية وما يحدث منهما مقتضي للإعتاق فإذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداءً لأنه لم توجد دلالته.

قوله: وَلِهٰذَا لَوْ نَصَّ عَلَيْهِ، أي علىٰ أن يكون العبد صلحًا عن الجناية وما يحدث منها ورضى المولىٰ به صحَّ.

قوله: وَذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ، أي بعض نسخ الجامع الصغير.

فَالْعَبْدُ صُلْحٌ بِالْجِنَايَةِ إِلَىٰ آخِرِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الرِّوَايَةِ. وَهٰذَا الوَضْعُ يَرِدُ إِشْكَالًا فِيمَا إِذَا عَفَا عَنِ اليَدِ ثُمَّ سَرَىٰ إِلَىٰ النَّفْسِ وَمَاتَ حَيْثُ لَا يَجِبُ القِصَاصُ هُنَالِكَ، وَهَاهُنَا قَالَ يَجِبُ. قِيلَ مَا ذُكِرَ هَاهُنَا جَوَابُ القِيَاسِ فَيَكُونُ الوَضْعَانِ جَمِيعًا عَلَىٰ القِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ. وَقِيلَ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ، وَوَجْهُهُ أَنَّ العَفْوَ عَنِ اليَدِ صَحَّ ظَاهِرًا لِأَنَّ الحَقَّ كَانَ لَهُ فِي اليَدِ مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ فَيَصِحُّ العَفْوُ ظَاهِرًا، فَبَعْدَ ذٰلِكَ وَإِنْ بَطَلَ حُكْمًا يَبْقَىٰ مَوْجُودًا حَقِيقَةً فَكَفَىٰ ذٰلِكَ لِمَنْعِ وُجُوبِ القِصَاصِ. أَمَّا هَاهُنَا الصُّلْحُ لَا يُبْطِلُ الجِنَايَةَ بَلْ يُقَرِّرُهَا حَيْثُ صَالَحَ عَنْهَا عَلَىٰ مَالٍ، فَإِذَا لَمْ يُبْطِلِ الجِنَايَةَ لَمْ تَمْتَنِعِ العُقُوبَةُ، هٰذَا إِذَا لَمْ يُعْتِقْهُ،

قوله: إِلَىٰ آخِرِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الرِّوَايَةِ، يعني وإن لم يعتقه رده إلىٰ مولاه، ثمَّ يقال لأولياء الجناية: إمَّا أن تقتلوا وإمَّا أن تعفوا.

قوله: وَهٰذَا الوَضْعُ يَرِدُ إِشْكَالًا فِيمَا إِذَا عَفَا عَنِ اليَدِ، أي الوضع الثاني، وإنَّما خصَّ هذا النوعُ بوروده إشكالًا لأنَّ دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح، والصلح متضمِّن للعفو، لأنه ينبئُ عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو، ولا كذلك الوضع الأول لأنَّ الدفع ثمَّة ليسَ بطريق الصلح لأنه ليسَ فيه حطُّ شيءٍ بل العبدُ موجب جنايته بتمامه، وإذا لم يكن الدفع بطريق الصلح لا يكون فيه معنى العفو، فلا يرد إشكالًا علىٰ مسئلة العفو.

قوله: وَهَاهُنَا قَالَ يَجِبُ، فإنه قال: وقيل للأولياء: اقتلوه.

أَمَّا إِذَا أَعْتَقَهُ فَالتَّخْرِيجُ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

قَالَ: (وَإِذَا جَنَىٰ العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ جِنَايَةً وَعَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَأَعْتَقَهُ المَوْلَىٰ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْجِنَايَةِ فَعَلَيْهِ قِيمَتَانِ: قِيمَةٌ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ، وَقِيمَةٌ لِأَوْلِيَاءِ الجِنَايَةِ) لِأَنَّهُ أَتْلَفَ حَقَّيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونٌ بِكُلِّ القِيمَةِ عَلَىٰ الِانْفِرَادِ: الدَّفْعُ لِلْأَوْلِيَاءِ، وَالْبَيْعُ لِلْغُرَمَاءِ، فَكَذَا عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ. وَيُمْكِنُ الجَمْعُ بَيْنَ الحَقَّيْنِ إِيفَاءً مِنَ الرَّقَبَةِ الوَاحِدَةِ بِأَنْ يُدْفَعَ إِلَىٰ وَلِيِّ الجِنَايَةِ ثُمَّ يُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ فَيَضْمَنُهَا بِالْإِتْلَافِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ حَيْثُ تَجِبُ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ لِلْمَوْلَىٰ وَيَدْفَعُهَا المَوْلَىٰ إِلَىٰ الغُرَمَاءِ، لِأَنَّ الأَجْنَبِيَّ إِنَّمَا يَضْمَنُ لِلْمَوْلَىٰ بِحُكْمِ المِلْكِ

قوله: أَمَّا إِذَا أَعْتَقَهُ فَالتَّخْرِيجُ مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو قوله: لأنَّ إقدامه علىٰ قصده تصحيح الصلح.

قوله: فَأَعْتَقَهُ المَوْلَىٰ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْجِنَايَةِ، قيَّد به ليبنىٰ عليه قوله: فَعَلَيْهِ قِيمَتَانِ، لأنه لو أعتقه وهو عالمٌ بجنايته كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لأولياء الجناية وقيمة العبد لصاحب الدية.

قوله: بِأَنْ يُدْفَعَ إِلَىٰ وَلِيِّ الجِنَايَةِ ثُمَّ يُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ، وفائدة الدَّفع أن يثبت له حقُّ الاستخلاص بالفداء فإنَّ للناس أغراضًا فى الأعيان، وإنَّما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لأنَّ موجب الجناية صيرورته مدفوعًا، فإذا كان مشغولًا وجبَ دفعه مشغولًا، ثمَّ إذا بيعَ وفضلَ من ثمنه شيءٌ صرف إلىٰ أوْلياء الجناية لأنه بيعٌ علىٰ ملكهم، وإن لم يفِ بالدين تأخَّر إلىٰ حال الحرية، كما لو بيع علىٰ ملك المولىٰ.

فَلَا يَظْهَرُ فِي مُقَابَلَتِهِ الحَقُّ لِأَنَّهُ دُونَهُ، وَهَاهُنَا يَجِبُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِإِتْلَافِ الحَقِّ فَلَا تَرْجِيحَ فَيَظْهَرَانِ فَيَضْمَنُهُمَا.

قَالَ: (وَإِذَا اسْتَدَانَتِ الأَمَةُ المَأْذُونُ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا ثُمَّ وَلَدَتْ

قوله: فَلَا يَظْهَرُ فِي مُقَابَلَتِهِ الحَقُّ، أي حقُّ الفريقين بالنسبة إلىٰ ملك المالك لأنه دون الملك، فصار كأن ليسَ فيه حقٌّ، ثمَّ الغريمُ أحقُّ بتلك القيمة لأنَّ القيمة مالية العبد، والغريمُ مقدَّمٌ على المولىٰ فيها، لأنَّ الواجب أن يدفع إليه ثمَّ يباع له فكان مقدَّمًا معنًى، والقيمة هي المعنى فيسلم إليه، وفي الفصل الأول التعارضُ بين الحقين والحقان مستويان فيظهران فيضمنهما.

قوله: وَإِذَا اسْتَدَانَتِ الأَمَةُ المَأْذُونُ لَهَا ... ثُمَّ وَلَدَتْ، هذا إذا ولدت بعد الاستدانة، أمَّا إذا ولدت قبل الاستدانة لم يتعلق حق غرمائها بولدها، وأمَّا الأموال التي حصلت لها بطريق الهبة أو الصدقة أو بالتجارة فهيَ أحقُّ بِها من مولاها في أداء دينها بِها، ويستوي في ذلك إن كانت اكتسبت قبل لحوق الدَّين أو بعده لأنَّ يدها في الكسب يدٌ معتبرة، حتَّىٰ لو نازعها فيه إنسانٌ كانت خصمًا له، فباعتبار بقاء يدها تبقىٰ حاجتها فيه مقدَّمًا، بخلاف ما إذا كان أخذ المولىٰ منها قبل أن يلحقها الدين، وهذا بخلاف ما إذا ولدت قبل أن يلحقها الدين لأنَّ ولدها ليسَ من كسبها ولكنه جزءٌ متولِّد من عينها، فكما أنَّ نفسها لا تكون من كسبها فكذلك ولدها، إلا أنَّ نفسها تباع في الدين لالتزام المولىٰ ذلك بالإذن لها في التجارة، وذلك لا يوجد في حقِّ الولد، ولو تعلَّق به حقُّ الغرماء إنَّما يكون بطريق السراية ولا سرايةَ بعد الانفصال، لأنَّ الولد بعد الانفصال نفسٌ علىٰ حدةً، وهذا إذا كان الدين لحقها قبل أن تلد ثمَّ ولدت لأنَّ حق الغرماء تعلق بِها في حال ما إذا كان الولدُ جزأً متصلًا بِها فيسري للولد بحكم الاتصال فينفصل علىٰ تلك الصفة، وهذا بخلاف الدفع بالجناية، فإنَّ الجارية إذا ولدت لا حقَّ لأولياء الجناية في ولدها، لأنَّ

فَإِنَّهُ يُبَاعُ الوَلَدُ مَعَهَا فِي الدَّيْنِ، وَإِنْ جَنَتْ جِنَايَةً لَمْ يُدْفَعَ الوَلَدُ مَعَهَا) وَالْفَرْقُ أَنَّ الدَّيْنَ وَصْفٌ حُكْمِيٌّ فِيهَا وَاجِبٌ فِي ذِمَّتِهَا مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهَا اسْتِيفَاءً فَيَسْرِي إِلَىٰ الوَلَدِ كَوَلَدِ المَرْهُونَةِ، بِخِلَافِ الجِنَايَةِ لِأَنَّ وُجُوبَ الدَّفْعِ فِي ذِمَّةِ المَوْلَىٰ لَا فِي ذِمَّتِهَا، وَإِنَّمَا يُلَاقِيهَا أَثَرُ الفِعْلِ الحَقِيقِيِّ وَهُوَ الدَّفْعُ وَالسِّرَايَةُ فِي الأَوْصَافِ الشَّرْعِيَّةِ دُونَ الْأَوْصَافِ الحَقِيقِيَّةِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ لِرَجُلٍ زَعَمَ رَجُلٌ آخَرُ أَنَّ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ فَقَتَلَ العَبْدُ وَلِيًّا لِذٰلِكَ الرَّجُلِ الزَّاعِمِ خَطَأً فَلَا شَيْءَ لَهُ) لِأَنَّهُ لَمَّا زَعَمَ أَنَّ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ فَقَدِ ادَّعَىٰ الدِّيَةَ عَلَىٰ العَاقِلَةِ وَأَبْرَأَ العَبْدَ وَالْمَوْلَىٰ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ عَلَىٰ العَاقِلَةِ مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ.

حقهم هناك في بدل المتلف وهو أرش الجناية أو في نفسها جزاء على الجناية، ولكن ذلك ليسَ بحقٍّ متأكدٍ بدليل تمكُّن المولىٰ من التصرُّف فيه كيفَ شاء بالبيع وغيره، فلهذا لا يسري إلى الولد وهنا حقُّ الغرماء متأكَّد في ذمتها متعلق بماليتها بصفة التأكيد، بدليل أنه لا ينفذُ تصرف المولىٰ فيها بالبيع والهبة ما لم يصل إلى الغرماء حقُّهم فيسري هذا الحقُّ المتأكد إلى الولد، بخلاف القصاص فإنه لا يسري إلى الولد لأنَّ المستحقَّ للقصاص الروحُ لا الرقبة والولدُ يتولَّدُ من الرقبة لا من الروح.

قوله: وَأَبْرَأَ العَبْدَ، أي من كلِّ الدية لا من قسطه في الدية والمولىٰ لأنه لم يدع على المولىٰ بعد الجناية إعتاقًا، حتَّى يصير المولىٰ به مختارًا للفداء مستهلكًا حق المجنىٰ عليه بالإعتاق.

قَالَ: (وَإِذَا أُعْتِقَ العَبْدُ فَقَالَ لِرَجُلٍ قَتَلْتُ أَخَاكَ خَطأً وَأَنَا عَبْدٌ وَقَالَ الآخَرُ قَتَلْتَهُ وَأَنْتَ حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُ العَبْدِ) لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ لِلضَّمَانِ لِمَا أَنَّهُ أَسْنَدَهُ إِلَىٰ حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ، إِذِ الكَلَامُ فِيمَا إِذَا عُرِفَ رِقُّهُ، وَالْوُجُوبُ فِي جِنَايَةِ العَبْدِ عَلَى المَوْلَىٰ دَفْعًا أَوْ فِدَاءً، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ البَالِغُ العَاقِلُ طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَأَنَا صَبِيٌّ أَوْ بِعْتُ دَارِي وَأَنَا صَبِيٌّ، أَوْ قَالَ طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَأَنَا مَجْنُونٌ أَوْ بِعْتُ دَارِي وَأَنَا مَجْنُونٌ وَقَدْ كَانَ جُنُونُهُ مَعْرُوفًا كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَعْتَقَ جَارِيَةً ثُمَّ قَالَ لَهَا قَطَعْتُ يَدَكَ وَأَنْتِ أَمَتِي وَقَالَتْ قَطَعْتَهَا وَأَنَا حُرَّةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، وَكَذٰلِكَ كُلُّ مَا أُخِذَ مِنْهَا إِلَّا الجِمَاعَ

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ البَالِغُ العَاقِلُ طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَأَنَا صَبِيٌّ، أو أقرَّ رجلٌ بأنه كان أقرَّ وهو صبيٌّ لفلان بألف درهم، وقال المقرُّ له بل أقررتَ بِهذا بعد البلوغ، فالقول قول المقرِّ مع يمينه، لأنه أضافَ الإقرار إلىٰ حالة معهودةٍ تنافي الوجوب، فإنَّ قول الصبي هدرٌ في الإقرار والصبا حالةٌ معهودةٌ في كلِّ أحدٍ فكان هو في المعنى منكرًا للمال لا مقرًّا له. فإن قيل: هو ادَّعىٰ تاريخًا سابقًا في إقراره والمقرُّ له منكرٌ لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القولُ قوله، قلنا: المصير إلى هذا الترجيح بعد ثبوت أصل السبب ملزمٌ، وإذا كان الإقرار في حالة الصبا غير ملزم أصلًا لم يكن هو مدعيًا للتاريخ بالإضافة إليه بل يكون منكرًا لأصل المال عليه، كمن يقول لعبده أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، أراد به قوله: لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ لِلضَّمَانِ.

قوله: إِلَّا الجِمَاعَ وَالْغَلَّةَ اسْتِحْسَانًا، بأن قال: جامعتكِ وأنت أمتي، أو: أخذت

وَالْغَلَّةَ اسْتِحْسَانًا، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَضْمَنُ إِلَّا شَيْئًا قَائِمًا بِعَيْنِهِ يُؤْمَرُ بِرَدِّهِ عَلَيْهَا) لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ وُجُوبَ الضَّمَانِ لِإِسْنَادِهِ الفِعْلَ إِلَىٰ حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لَهُ كَمَا فِي المَسْأَلَةِ الأُولَىٰ وَكَمَا فِي الوَطْءِ وَالْغَلَّةِ. وَفِي الشَّيْءِ القَائِمِ أَقَرَّ بِيَدِهَا حَيْثُ اعْتَرَفَ بِالْأَخْذِ مِنْهَا ثُمَّ ادَّعَىٰ التَّمَلُّكَ عَلَيْهَا وَهِيَ مُنْكِرَةٌ وَالْقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ فَلِهٰذَا يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ إِلَيْهَا، وَلَهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَىٰ مَا يُبَرِّئُهُ فَلَا يَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ كَمَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ فَقَأْتُ عَيْنَكَ اليُمْنَىٰ وَعَيْنِي اليُمْنَىٰ صَحِيحَةٌ ثُمَّ فُقِئَتْ وَقَالَ المُقِرُّ لَهُ: لَا بَلْ فَقَأْتَهَا وَعَيْنُك اليُمْنَىٰ مَفْقُوءَةٌ فَإِنَّ القَوْلَ قَوْلُ المُقَرِّ لَهُ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ مَا أَسْنَدَهُ إِلَىٰ حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ لِأَنَّهُ يَضْمَنُ يَدَهَا لَوْ قَطَعَهَا

منكِ غلة وأنتِ أمتي، فقالت: بل كان ذلك بعد العتق فإنَّ القول قول المولىٰ.

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَا يَضْمَنُ إِلَّا شَيْئًا قَائِمًا بِعَيْنِهِ يُؤْمَرُ بِرَدِّهِ عَلَيْهَا، يعني لو كان أقرَّ بأخذ شيءٍ منها بعينه والمأخوذ قائمٌ في يده واختلفا فيه علىٰ هذا الوجه أجمعوا فيه علىٰ أنه يردُ ذلك عليها.

قوله: كَمَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ فَقَأْتُ عَيْنَكَ اليُمْنَىٰ وَعَيْنِيَ اليُمْنَىٰ صَحِيحَةٌ ثُمَّ فُقِئَتْ، أي كان الواجب القصاص ثمَّ سقطَ بذهاب العين يريدُ به براءةً عن ضمان العين قصاصًا أو أرشًا والمقرُّ له بقوله: لا بل فقأتَها وعينك اليمنىٰ مفقودةٌ، يدعي وجوب نصف الدية عليه، وليسَ المراد من الفقئ القلع، لأنه لا قصاصَ في القلع ولكن المراد منه إذهاب الضَّوء مع بقاء العين وفيه القصاص.

وَهِيَ مَدْيُونَةٌ، وَكَذَا يَضْمَنُ مَالَ الحَرْبِيِّ إِذَا أَخَذَهُ وَهُوَ مُسْتَأْمَنٌ، بِخِلَافِ الوَطْءِ وَالْغَلَّةِ لِأَنَّ وَطْءَ المَوْلَىٰ أَمَتَهُ المَدْيُونَةَ لَا يُوجِبُ العُقْرَ، وَكَذَا أَخْذُهُ مِنْ غَلَّتِهَا، وَإِنْ كَانَتْ مَدْيُونَةً لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلَيْهِ فَحَصَلَ الإِسْنَادُ إِلَىٰ حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَمَرَ العَبْدُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ صَبِيًّا حُرًّا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ فَعَلَىٰ عَاقِلَةِ الصَّبِيِّ الدِّيَةُ) لِأَنَّهُ هُوَ القَاتِلُ حَقِيقَةً، وَعَمْدُهُ وَخَطَؤُهُ سَوَاءٌ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ (وَلَا شَيْءَ عَلَىٰ الآمِرِ) وَكَذَا إِذَا كَانَ الآمِرُ صَبِيًّا لِأَنَّهُمَا لَا يُؤَاخَذَانِ بِأَقْوَالِهِمَا؛ لِأَنَّ المُؤَاخَذَةَ فِيهَا بِاعْتِبَارِ الشَّرْعِ وَمَا اُعْتُبِرَ قَوْلُهُمَا، وَلَا رُجُوعَ لِعَاقِلَةِ الصَّبِيِّ عَلَىٰ الصَّبِيِّ الآمِرِ أَبَدًا، وَيَرْجِعُونَ عَلَىٰ العَبْدِ الآمِرِ بَعْدَ الإِعْتَاقِ لِأَنَّ عَدَمَ الِاعْتِبَارِ

قوله: لِأَنَّ وَطْءَ المَوْلَىٰ أَمَتَهُ المَدْيُونَةَ لَا يُوجِبُ العُقْرَ، لأنَّ حقَّ الغرماء لا يتعلَّق بمنافع بضعها لأنَّها ليست بمالٍ، وكذلك أخذ الغلة فإنَّ المولىٰ إذا ضربَ علىٰ عبده غلةً وهو مديونٌ يصحُّ، ولو أخذَ لا يكون مضمونًا على المولىٰ فكان منكرًا لا مقرًّا، كذا ذكره الإمام السكتائي.

قوله: وَإِذَا أَمَرَ العَبْدُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ صَبِيًّا حُرًّا، قيَّد بالعبد لأنه لو كان الآمر حرًّا بالغًا يرجعُ عاقلة الصبي علىٰ عاقلة الآمر، وقيَّد بالمحجور عليه لأنه لو كان مكاتبًا بالغًا يرجع عاقلة الصبي عليه بأقلَّ من قيمته ومن الدية، بخلاف ما إذا كان الآمرُ عبدًا مأذونًا حيث لا يرجعون عليه إلَّا بعد العتق، وقوله: صَبِيًّا حُرًّا، قيَّد بالحر لأنه لو كان عبدًا لا يجب الدية بل يدفع أو يفدي.

لِحَقِّ المَوْلَىٰ وَقَدْ زَالَ لَا لِنُقْصَانِ أَهْلِيَّةِ العَبْدِ، بِخِلَافِ الصَّبِيِّ لِأَنَّهُ قَاصِرُ الأَهْلِيَّةِ.

قَالَ: (وَكَذٰلِكَ إِنْ أَمَرَ عَبْدًا) مَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الآمِرُ عَبْدًا وَالْمَأْمُورُ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِمَا (يُخَاطَبُ مَوْلَىٰ القَاتِلِ بِالدَّفْعِ أَوِ الفِدَاءِ) وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَىٰ الأَوَّلِ فِي الحَالِ، وَيَجِبُ أَنْ يَرْجِعَ بَعْدَ العِتْقِ بِأَقَلَّ مِنَ الفِدَاءِ وَقِيمَةِ العَبْدِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُضْطَرٍّ فِي دَفْعِ الزِّيَادَةِ، وَهٰذَا إِذَا كَانَ القَتْلُ خَطَأً، وَكَذَا إِذَا كَانَ عَمْدًا وَالْعَبْدُ القَاتِلُ صَغِيرًا لِأَنَّ عَمْدَهُ خَطَأٌ، أَمَّا إِذَا كَانَ كَبِيرًا يَجِبُ القِصَاصُ لِجَرَيَانِهِ بَيْنَ الحُرِّ وَالْعَبْدِ.

قوله: وَكَذٰلِكَ إِنْ أَمَرَ عَبْدًا، مَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الآمِرُ عَبْدًا وَالْمَأْمُورُ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِمَا، إلىٰ أن قال: وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الأَوَّلِ فِي الحَالِ، وهذا الحكم لا يقتضي أن يكون الآمر والمأمور كلاهما محجورًا عليهما لا محالةَ، بل يكتفىٰ بأن يكون الآمر محجورًا عليه، لأنه إذا أمر العبد المحجورُ العبد المأذونَ وباقي المسئلة بحالها فالحكم كذلك، أمَّا لو كان الآمر عبدًا مأذونًا والمأمور عبدًا محجورًا أو مأذونًا، يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع أو الفداء علىٰ رقبة العبد الآمر في الحال بقيمة عبده، لأنَّ الآمر بأمره صار غاصبًا للمأمور، فصار كإقراره بالغصب، والعبد المأذون لو أقرَّ بالغصب يؤاخذُ به في حال رقّيه، بخلاف المحجور علىٰ ما ذكرنا. فإن قيل: كيف يكون غاصبًا للعبد بالأمر وهو قولٌ والغصب لا يكون إلَّا بالنقل والتحويل؟ قلنا: إن لم يوجد منه النقل فقد وجد منه الأمر بالنقل فأقيمَ مقام النقل، كمن أمر عبدًا ليحمل له حملًا وهلك منه ضمن الآمر وإن لم يوجد منه النقل، لكن لمَّا وجد منه الأمر بالنقل أقيمَ مقامه، كذلك هنا، كذا ذكره

قَالَ: (وَإِذَا قَتَلَ العَبْدُ رَجُلَيْنِ عَمْدًا وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلِيَّانِ فَعَفَا أَحَدُ وَلِيَّيْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَإِنَّ المَوْلَىٰ يَدْفَعُ نِصْفَهُ إِلَىٰ الآخَرَيْنِ أَوْ يَفْدِيهِ بِعَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ) لِأَنَّهُ لَمَّا عَفَا أَحَدُ وَلِيَّيْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَقَطَ القِصَاصُ وَانْقَلَبَ مَالًا فَصَارَ كَمَا لَوْ وَجَبَ المَالُ مِنَ الِابْتِدَاءِ، وَهٰذَا لِأَنَّ حَقَّهُمْ فِي الرَّقَبَةِ أَوْ فِي عِشْرِينَ أَلْفًا وَقَدْ سَقَطَ نَصِيبُ العَافِيَيْنِ -وَهُوَ النِّصْفُ- وَبَقِيَ النِّصْفُ (فَإِنْ كَانَ قَتَلَ أَحَدَهُمَا عَمْدًا وَالْآخَرَ خَطَأً فَعَفَا أَحَدُ وَلِيَّيِ العَمْدِ فَإِنْ فَدَاهُ المَوْلَىٰ فَدَاهُ بِخَمْسَةَ عَشَرَ أَلْفًا خَمْسَةُ آلَافٍ لِلَّذِي لَمْ يَعْفُ مِنْ وَلِيَّيِ العَمْدِ وَعَشَرَةُ آلَافٍ لِوَلِيَّيِ الخَطَأِ) لِأَنَّهُ لَمَّا انْقَلَبَ العَمْدُ مَالًا كَانَ حَقُّ وَلِيَّيِ الخَطَإِ فِي كُلِّ الدِّيَةِ عَشَرَةَ آلَافٍ، وَحَقُّ أَحَدِ وَلِيَّيِ العَمْدِ فِي نِصْفِهَا خَمْسَةَ آلَافٍ، وَلَا تَضَايُقَ فِي الفِدَاءِ فَيَجِبُ خَمْسَةَ عَشَرَ أَلْفًا (وَإِنْ دَفَعَهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِمْ أَثْلَاثًا: ثُلُثَاهُ لِوَلِيَّيِ الخَطَإِ، وَثُلُثُهُ لِغَيْرِ العَافِي مِنْ وَلِيَّيِ العَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: يَدْفَعُهُ أَرْبَاعًا: ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ لِوَلِيَّيِ الخَطَإِ، وَرُبْعُهُ لِوَلِيِّ العَمْدِ) فَالْقِسْمَةُ عِنْدَهُمَا بِطَرِيقِ المُنَازَعَةِ، فَيُسَلِّمُ النِّصْفَ لِوَلِيَّيِ الخَطَإِ بِلَا مُنَازَعَةٍ، وَاسْتَوَتْ مُنَازَعَةُ الفَرِيقَيْنِ فِي النِّصْفِ الآخَرِ فَيَتَنَصَّفُ، فَلِهٰذَا يُقَسَّمُ أَرْبَاعًا. وَعِنْدَهُ يُقَسَّمُ بِطَرِيقِ العَوْلِ وَالْمُضَارَبَةِ أَثْلَاثًا، لِأَنَّ الحَقَّ تَعَلَّقَ بِالرَّقَبَةِ

الإمام المحبوبي رحمه الله تعالىٰ.

أَصْلُهُ التَّرِكَةُ المُسْتَغْرَقَةُ بِالدُّيُونِ فَيَضْرِبُ هٰذَا بِالْكُلِّ وَذٰلِكَ بِالنِّصْفِ، وَلِهٰذِهِ المَسْأَلَةِ نَظَائِرُ وَأَضْدَادٌ ذَكَرْنَاهَا فِي الزِّيَادَاتِ.

قوله: أَصْلُهُ التَّرِكَةُ المُسْتَغْرَقَةُ، أي إذا اجتمعت الديون المتفاوتة في التَّركة وضاقت عن الوفاء تقسم التَّركة بين أرباب الديون أثلاثًا بطريق العول إجماعًا، حتَّىٰ لو مات رجلٌ وترك ألفًا ولرجلٍ عليه ألفٌ ولآخر عليه ألفان فالألف المتروكة تقسم بينهما بطريق العول، وفي عبدٍ مأذونٍ بين رجلين أدانه أحدهما ألفًا وأجنبيٌّ ألفًا فبيع بألف إن ماتَ وترك ألفًا فعنده عولية وعندهما نزاعية، وهنا مسائلُ في بعضها القسمة عولية إجماعًا، وفي بعضها نزاعية، وفي بعضها عولية عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ ونزاعية عندهما، وفي بعضها الأمر بالعكس، والأصل عندهما أنَّ الحقين متىٰ ثبتا على الشيوع في وقتٍ واحدٍ فالقسمة عوليةٌ، وإن ثبتا علىٰ وجه التمييز أو في وقتين مختلفين فالقسمة نزاعيةٌ، وهذا لأنَّ القياسَ يأبى القسمة بطريق العول، لأنَّ تفسيره أن يضرب كل واحد منهما بجميع حقِّه أحدهما بنصف المال والآخر بكله، والمالُ الواحد لا يكون له كلٌّ ونصفٌ، وإنَّما تركَ القياس في الميراث بإجماع الصحابة رضي الله عنهم فيلتحقُ ما كان في معناه، وفي التَّركة إذا اجتمعت فيها حقوقٌ متفاوتةٌ ثبتت في وقتٍ واحدٍ وهو حالة الموت فكانت في معنى الميراث، وكذا في الوصايا، والأصل عنده أنَّ قسمة العين متىٰ كانت لحقٍّ ثابتٍ في الذمة أو لحقٍّ يثبت في العين علىٰ وجه الشيوع لكلِّ واحد في البعض فالقسمة عوليةٌ، ومتىٰ وجبت القسمةُ في العين لحقٍّ ثبت علىٰ وجه التمييز، أو كان حقُّ أحدهما في البعض الشائع وحقُّ الآخر في الكل فالقسمة نزاعيةٌ، وهذا لأنَّ الحقوق متىٰ وجبت في الذمة فقد استوت في القوة فيضرب كل واحد بكلِّ حقه في العين، وكذا إذا كان كلُّ واحد في العين ولكن في الجزء الشائع فقد استوت الحقوق في القوة، لأنه ما من جزء ثبتَ فيه حقُّ أحدهما إلَّا وللآخر أن يزاحمه، والأصل في قسمة العول الإرث كما قال،

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَقَتَلَ مَوْلًىٰ لَهُمَا) أَيْ قَرِيبًا لَهُمَا (فَعَفَا أَحَدُهُمَا بَطَلَ الجَمِيعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يَدْفَعُ الَّذِي عَفَا نِصْفَ نَصِيبِهِ إِلَىٰ الآخَرِ أَوْ يَفْدِيهِ بِرُبْعِ الدِّيَةِ) وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ قَتَلَ وَلِيًّا لَهُمَا، وَالْمُرَادُ القَرِيبُ أَيْضًا، وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ: عَبْدٌ قَتَلَ مَوْلَاهُ وَلَهُ ابْنَانِ فَعَفَا أَحَدُ الِابْنَيْنِ بَطَلَ ذٰلِكَ كُلُّهُ عِنْدَ أَبِي

وثَمَّ حقُّ كل واحد منهم ثبت في البعض الشائع، أمَّا إذا ثبت الحقان على وجه التميز فلم يكن في معنى الميراث، وفي مسائل العفو القسمة إنَّما وجبت لحقٍّ ثابتٍ في الذمة لأنَّ حق كلٍّ منهما في موجب الجناية، وموجب الجناية يكون في الذمة فكانت القسمة عولية، وعلىٰ هذا تخريج المسائل.

قوله: فَعَفَا أَحَدُهُمَا بَطَلَ الجَمِيعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، وَقَالَا: يَدْفَعُ الَّذِي عَفَا نِصْفَ نَصِيبِهِ إِلَى الآخَرِ أَوْ يَفْدِيهِ بِرُبْعِ الدِّيَةِ، لأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّ القصاصَ واجبٌ لكلِّ واحدٍ منهما في النصف من غير تعيينٍ، فإذا انقلبَ مالًا احتمل الوجوبَ من كلِّ وجهٍ بأن يعتبر متعلقًا بنصيب صاحبه، واحتملَ السقوطَ من كل وجهٍ بأن يعتبر متعلقًا بنصيب نفسه واحتملَ النصف بأن يعتبر متعلقًا بِهما شائعًا فلا يجبُ المالُ بالشكِّ، ولهما أنَّ نصيب من لم يعفُ لمَّا انقلب مالًا بعفو صاحبه صارَ نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه، فما أصابَ ملكَ صاحبه لم يسقط وهو الرُّبع، وما أصابَ ملك نفسه سقطَ.

قوله: وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ،

حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ الجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ. وَلَمْ يَذْكُرِ اخْتِلَافَ الرِّوَايَةِ. لِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ حَقَّ القِصَاصِ ثَبَتَ فِي العَبْدِ عَلَىٰ سَبِيلِ الشُّيُوعِ، لِأَنَّ مِلْكَ المَوْلَىٰ لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ القِصَاصِ لَهُ فَإِذَا عَفَا أَحَدُهُمَا انْقَلَبَ نَصِيبُ الآخَرِ وَهُوَ النِّصْفُ مَالًا، غَيْرَ أَنَّهُ شَائِعٌ فِي الكُلِّ فَيَكُونُ نِصْفُهُ فِي نَصِيبِهِ وَالنِّصْفُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، فَمَا يَكُونُ فِي نَصِيبِهِ سَقَطَ ضَرُورَةَ أَنَّ المَوْلَىٰ لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَىٰ عَبْدِهِ مَالًا، وَمَا كَانَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بَقِيَ وَنِصْفُ النِّصْفِ هُوَ الرُّبْعُ فَلِهٰذَا يُقَالُ: ادْفَعْ نِصْفَ نَصِيبِكَ أَوِ افْتَدَاهُ بِرُبْعِ الدِّيَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ مَا يَجِبُ مِنَ المَالِ يَكُونُ حَقَّ المَقْتُولِ لِأَنَّهُ بَدَلُ دَمِهِ، وَلِهٰذَا تُقْضَىٰ مِنْهُ دُيُونُهُ وَتُنَفَّذُ بِهِ وَصَايَاهُ، ثُمَّ الوَرَثَةُ يَخْلُفُونَهُ فِيهِ عِنْدَ الفَرَاغِ مِنْ حَاجَتِهِ وَالْمَوْلَىٰ لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَىٰ عَبْدِهِ دَيْنًا فَلَا تَخْلُفُهُ الوَرَثَةُ فِيهِ.

أي في نسخ الجامع الصغير: والأشهر أنَّه مع أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ.

فَصْلٌ: [فِي أَحْكَامِ الجِنَايَةِ عَلَى العَمْدِ]

(وَمَنْ قَتَلَ عَبْدًا خَطأً فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لَا تُزَادُ عَلَىٰ عَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ أَوْ أَكْثَرَ قَضَىٰ لَهُ بِعَشَرَةِ آلَافٍ إِلَّا عَشَرَةً، وَفِي الأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهَا عَلَىٰ الدِّيَةِ خَمْسَةُ آلَافٍ إِلَّا عَشَرَةً) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ: تَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ، وَلَوْ غَصَبَ عَبْدًا قِيمَتُهُ عِشْرُونَ أَلْفًا فَهَلَكَ فِي

فصل: [في أحكام الجناية على العمد]

قوله: وَفِي الأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ خَمْسَةُ آلَافٍ إِلَّا عَشَرَةً، هذا أظهَر الروايتين، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ أنه يجب خمسة آلاف درهم إلَّا خمسة.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ: تَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ، وهذا القولُ من أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ قوله الآخر، وكان يقول أوَّلًا مثل قولهما، وهذا الاختلافُ بناءٌ علىٰ أنَّ الواجبَ بقتل العبد خطأً ضمان المال أم ضمان النفس؟ فأبو يوسفَ والشافعي رحمهما الله تعالىٰ رجَّحا جانب المالية، لأنَّ ضمان المال بالمال أصلٌ، وضمان ما ليسَ بمالٍ بالمال، بخلاف الأصل، ومهما أمكن إيجاب الضمان علىٰ موافقة القياس لا يُصار إلىٰ إيجابه بخلاف القياس.

يَدِهِ تَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ بِالْإِجْمَاعِ. لَهُمَا أَنَّ الضَّمَانَ بَدَلُ المَالِيَّةِ وَلِهٰذَا يَجِبُ لِلْمَوْلَىٰ وَهُوَ لَا يَمْلِكُ العَبْدَ إِلَّا مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةِ، وَلَوْ قَتَلَ العَبْدُ المَبِيعَ قَبْلَ القَبْضِ يَبْقَىٰ العَقْدُ وَبَقَاؤُهُ بِبَقَاءِ المَالِيَّةِ أَصْلًا أَوْ بَدَلِهِ وَصَارَ كَقَلِيلِ القِيمَةِ وَكَالْغَصْبِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] أَوْجَبَهَا مُطْلَقًا، وَهِيَ اسْمٌ لِلْوَاجِبِ بِمُقَابَلَةِ الآدَمِيَّةِ، وَلِأَنَّ فِيهِ مَعْنَىٰ الآدَمِيَّةِ حَتَّىٰ كَانَ مُكَلَّفًا، وَفِيهِ مَعْنَىٰ المَالِيَّةِ، وَالْآدَمِيَّةُ أَعْلَاهُمَا فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا بِإِهْدَارِ الأَدْنَىٰ عِنْدَ تَعَذُّرِ الجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَضَمَانُ الغَصْبِ بِمُقَابَلَةِ

قوله: وَلِهٰذَا يَجِبُ لِلْمَوْلَىٰ، يعني لو كان بدل الدَّم لكان للعبد، إذ هو في حقِّ الدية مبقًى علىٰ أصل الحرية، ولهذا لا ينفذُ إقرار المولىٰ بالقصاص علىٰ عبده. فإن قيل: وجوبُ الدية للمولىٰ لا يدلُّ علىٰ كونه بدل المالية، ألا ترىٰ أنَّ القصاصَ يجبُ للمولىٰ لو قتلَ عبده عمدًا وهو ليسَ بمقابلة المالية بالاتفاق؟ قلنا: استيفاء القصاص بُنِيَ على الولاية، قال عليه الصلاة والسلام: «السُّلطان وليُّ من لا وليَّ له»، والمولىٰ وليُّ العبد فيجب القصاص له، فأمَّا استحقاق المال لا يبتني على الولاية بل على الإرث إذا وجد سببه، ولا يجري الإرثُ بين المولىٰ وعبده فعُلِمَ أنه إنَّما يستحقُّه ليجبر به فوات ماله، كما في سائر الأموال وكما في الغصب.

قوله: وَلَوْ قَتَلَ العَبْدُ المَبِيعَ قَبْلَ القَبْضِ يَبْقَى العَقْدُ، أي لو لم يكن الضمان بدل المالية لَمَا بقي العقد باعتباره، لأنَّ البيع يتناول المالية.

قوله: عِنْدَ تَعَذُّرِ الجَمْعِ بَيْنَهُمَا، ودليلُ التعذُّر أنه لا يضمن الديةَ مع كمال القيمة

الْمَالِيَّةِ، إِذِ الغَصْبُ لَا يُرَدُّ إِلَّا عَلَىٰ الْمَالِ، وَبَقَاءُ العَقْدِ يَتْبَعُ الفَائِدَةَ حَتَّىٰ يَبْقَىٰ بَعْدَ قَتْلِهِ عَمْدًا وَإِنْ لَمْ يَكُنِ القِصَاصُ بَدَلًا عَنِ الْمَالِيَّةِ فَكَذَٰلِكَ أَمْرُ الدِّيَةِ، وَفِي قَلِيلِ القِيمَةِ الوَاجِبِ بِمُقَابَلَةِ الآدَمِيَّةِ إِلَّا أَنَّهُ لَا سَمْعَ فِيهِ فَقَدَّرْنَاهُ بِقِيمَتِهِ رَأْيًا، بِخِلَافِ كَثِيرِ القِيمَةِ لِأَنَّ قِيمَةَ الحُرِّ مُقَدَّرَةٌ بِعَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ وَنَقَصْنَا مِنْهَا فِي العَبْدِ إِظْهَارًا لِانْحِطَاطِ رُتْبَتِهِ، وَتَعْيِينُ العَشَرَةِ بِأَثَرِ عَبْدِ اللهِ بْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -.

في الخطأ، ولا يستوفي القصاص مع كمال القيمة في العمد.

قوله: وَضَمَانُ الغَصْبِ بِمُقَابَلَةِ المَالِيَّةِ، إِذِ الغَصْبُ لَا يُرَدُّ إِلَّا عَلَى المَالِ، وليس القتلُ بمنزلة استهلاك سائر الأموال، لأنَّ ضمان الأموال يشبه ضمان التجارة، ألا ترىٰ أنَّ العبد المأذون لو أقرَّ بقتل دابة إنسانٍ جاز إقراره، وبقتل عبده لم يجز إقراره، وكذا تجبُ الكفارة بقتل العبد دون قتل الدابة، علىٰ أنَّ ضمان قتل العبد ضمان الجناية فيكون سبيله سبيل الجنايات دون سبيل ضمان الأموال.

قوله: وَبَقَاءُ العَقْدِ يَتْبَعُ الفَائِدَةَ، هذا جوابٌ عمَّا قالا أنَّ العقدَ باقٍ بعد ما قتل المبيعَ في يد البائع، وبقاؤه بقاء المالية أصلًا أو بدلًا، فأجابَ أنَّ بقاء العقد في تلك الصورة لاشتمال البقاء على الفائدة لا لكون القيمة بدلًا عن المالية، بدليل أنَّ القتل لو كان عمدًا يبقى العقد أيضًا لاشتمال البقاء علىٰ فائدة التخيير بين فسخ البيع واستيفاء القصاص، فكما أنَّ القصاصَ ليس ببدل المالية إجماعًا فكذا أمر الدية.

قوله: وَتَعْيِينُ العَشَرَةِ بِأَثَرِ عَبْدِ اللهِ بْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُمَا، وفي عامة الكتب بأثر عبد الله بن مسعود رضي الله تعالىٰ عنه، وهو لا يبلغُ بقيمة العبد ديةَ الحرِّ

قَالَ: (وَفِي يَدِ العَبْدِ نِصْفُ قِيمَتِهِ لَا يُزَادُ عَلَىٰ خَمْسَةِ آلَافٍ إِلَّا خَمْسَةً) لِأَنَّ اليَدَ مِنَ الآدَمِيِّ نِصْفُهُ فَتُعْتَبَرُ بِكُلِّهِ، وَيَنْقُصُ هٰذَا المِقْدَارُ إِظْهَارًا لِانْحِطَاطِ رُتْبَتِهِ، وَكُلُّ مَا يُقَدَّرُ مِنْ دِيَةِ الحُرِّ فَهُوَ مُقَدَّرٌ مِنْ قِيمَةِ العَبْدِ لِأَنَّ القِيمَةَ فِي العَبْدِ كَالدِّيَةِ فِي الحُرِّ إِذْ هُوَ بَدَلُ الدَّمِ عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ، وَإِنْ غَصَبَ أَمَةً قِيمَتُهَا عِشْرُونَ أَلْفًا فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ فَعَلَيْهِ تَمَامُ قِيمَتِهَا لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ ضَمَانَ الغَصْبِ ضَمَانُ المَالِيَّةِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ فَأَعْتَقَهُ المَوْلَىٰ ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذٰلِكَ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ المَوْلَىٰ فَلَا قِصَاصَ فِيهِ وَإِلَّا أُقْتُصَّ مِنْهُ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا قِصَاصَ فِي ذٰلِكَ، وَعَلَىٰ القَاطِعِ أَرْشُ اليَدِ، وَمَا نَقَصَهُ ذٰلِكَ إِلَىٰ أَنْ يَعْتِقَهُ وَيَبْطُلُ الفَضْلُ)

وتنقصُ منه عشرة دراهم، وهذا كالمرويِّ عن رسول الله عليه الصلاة والسلامُ لأنَّ المقاديرَ لا تعرفُ بالقياس، وإنَّما طريقُ معرفتها السَّماعُ من صاحب الوحي.

قوله: وَفِي يَدِ العَبْدِ نِصْفُ قِيمَتِهِ لَا يُزَادُ عَلَىٰ خَمْسَةِ آلَافٍ، هذا الَّذي ذكره خلافُ ظاهر الرواية، وفي المبسوط: يجبُ نصف قيمته بالغةً ما بلغت في الصحيح من الجواب، إلَّا في روايةٍ عن محمد رحمه الله تعالىٰ أنه يجبُ في قطع يده خمسة آلافٍ إلَّا خمسة، وهذا لأنَّ العبدَ في حكم الجناية علىٰ أطرافه بمنزلة المال، ولهذا لا يجبُ القصاص بحالٍ ولا تتحملها العاقلة، إلَّا أنَّ محمدًا رحمه الله تعالىٰ قال في بعض الروايات: القولُ بهذا يؤدي إلىٰ أن يجبُ بقطع طرف العبد فوقَ ما يجبُ بقتله، كما لو قطعَ يد عبدٍ والعبدُ يساوي ثلاثين ألفًا ضمنَ خمسة عشر ألفًا.

وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبِ القِصَاصُ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ لِاشْتِبَاهِ مَنْ لَهُ الحَقُّ، لِأَنَّ القِصَاصَ يَجِبُ عِنْدَ المَوْتِ مُسْتَنِدًا إِلَىٰ وَقْتِ الجَرْحِ، فَعَلَىٰ اعْتِبَارِ حَالَةِ الجُرْحِ يَكُونُ الحَقُّ لِلْمَوْلَىٰ، وَعَلَىٰ اعْتِبَارِ الحَالَةِ الثَّانِيَةِ يَكُونُ لِلْوَرَثَةِ فَتَحَقَّقَ الِاشْتِبَاهُ وَتَعَذَّرَ الِاسْتِيفَاءُ فَلَا يَجِبُ عَلَىٰ وَجْهٍ يُسْتَوْفَىٰ وَفِيهِ الكَلَامُ، وَاجْتِمَاعُهُمَا لَا يُزِيلُ الِاشْتِبَاهَ لِأَنَّ المِلْكَيْنِ فِي الحَالَيْنِ، بِخِلَافِ العَبْدِ المُوصَىٰ بِخِدْمَتِهِ لِرَجُلٍ وَبِرَقَبَتِهِ لِآخَرَ إِذَا قُتِلَ، لِأَنَّ مَا لِكُلٍّ مِنْهُمَا مِنَ الحَقِّ ثَابِتٌ مِنْ وَقْتِ الجَرْحِ إِلَىٰ وَقْتِ المَوْتِ، فَإِذَا اجْتَمَعَا زَالَ الِاشْتِبَاهُ. وَلِمُحَمَّدٍ فِي الخِلَافِيَّةِ وَهُوَ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ وَرَثَةٌ سِوَىٰ المَوْلَىٰ أَنَّ سَبَبَ الوِلَايَةِ قَدِ اخْتَلَفَ لِأَنَّهُ المِلْكُ عَلَىٰ اعْتِبَارِ إِحْدَىٰ الحَالَتَيْنِ وَالْوِرَاثَةُ بِالْوَلَاءِ عَلَىٰ اعْتِبَارِ الأُخْرَىٰ، فَنُزِّلَ مَنْزِلَةَ اخْتِلَافِ المُسْتَحِقِّ ....

قوله: وَفِيهِ الكَلَامُ، أي في وجوبه علىٰ وجهٍ يستوفى، ولا كلامَ في أصل الوجوب لأنَّ الوجوبَ لإفادة الاستيفاء، فإذا فاتَ المطلوبُ منه سقطَ اعتباره.

قوله: لِأَنَّ المِلْكَيْنِ فِي الحَالَيْنِ، الملكُ للمولىٰ وقتَ الموت دون الجرح، وعند الاجتماع لا يثبت الملك على الدوام فى الحالين لكلٍّ واحد منهما.

قوله: لِأَنَّهُ المِلْكُ - أي سببُ الولاية الملكُ - عَلَى اعْتِبَارِ إِحْدَى الحَالَتَيْنِ - أي حالة الجرح - وَالْوِرَاثَةُ بِالْوَلَاءِ عَلَى اعْتِبَارِ - الحالة - الأُخْرَىٰ، وهيَ حالة الموت بعد العتق.

فِيمَا يُحْتَاطُ فِيهِ، كَمَا إِذَا قَالَ لِآخَرَ بِعْتَنِي هٰذِهِ الجَارِيَةَ بِكَذَا فَقَالَ المَوْلَىٰ زَوَّجْتُهَا مِنْكَ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا وَلِأَنَّ الإِعْتَاقَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ، وَبِانْقِطَاعِهَا يَبْقَىٰ الجَرْحُ بِلَا سِرَايَةٍ، وَالسِّرَايَةُ بِلَا قَطْعٍ فَيَمْتَنِعُ القِصَاصُ. وَلَهُمَا أَنَّا تَيَقَّنَّا بِثُبُوتِ الوِلَايَةِ لِلْمَوْلَىٰ فَيَسْتَوْفِيَا وَهٰذَا لِأَنَّ المَقْضِيَّ لَهُ مَعْلُومٌ وَالْحُكْمُ مُتَّحِدٌ فَوَجَبَ القَوْلُ بِالِاسْتِيفَاءِ، بِخِلَافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ، لِأَنَّ المَقْضِيَّ لَهُ مَجْهُولٌ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ

قوله: فِيمَا يُحْتَاطُ فِيهِ، أي فيما لا يثبتُ بالشُّبهات، احترَز بِهذا عمَّن قال لآخرٍ: لكَ عليَّ ألف درهم من قرضٍ، فقال المقرُّ له: لا بل من ثمن مبيعٍ، فإنه يقضىٰ بالمال وإن اختلف السبب، لأنَّ ذلك من الأموال ويجري البذلُ والإباحةُ فيها ولا يبالىٰ باختلاف السبب.

قوله: وَلِأَنَّ الإِعْتَاقَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ، حتَّىٰ إنَّ من جرح عبد إنسانٍ خطأً ثمَّ أعتقه مولاه ثمَّ ماتَ من تلك الجراحة تنقطعُ السراية فلا يلزمه الدية ولا القيمة، وإنَّما يضمن النقصان بالاتفاق، وفي العمد يمتنعُ القصاص عند محمد رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ الجرحَ بلا سرايةٍ والسرايةُ بلا قطعٍ لا يوجب القصاص في النفس.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّا تَيَقَّنَّا بِثُبُوتِ الوِلَايَةِ، أي ثبوتُ ولاية استيفاء القصاص في العمد للمولىٰ.

قوله: لِأَنَّ المَقْضِيَّ لَهُ مَجْهُولٌ، لأنَّا لو اعتبَرنا حالةَ الجرح فالمقضيَّ له المولىٰ، ولو اعتبرنا حالة الموت فالمقضيَّ له الورثةُ.

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ هَاهُنَا، أي في الفصل الثانِي، وهو ما إذا لم

هَاهُنَا لِأَنَّ الحُكْمَ لَا يَخْتَلِفُ، بِخِلَافِ تِلْكَ المَسْأَلَةِ لِأَنَّ مِلْكَ اليَمِينِ يُغَايِرُ مِلْكَ النِّكَاحِ حُكْمًا، وَالْإِعْتَاقُ لَا يَقْطَعُ السِّرَايَةَ لِذَاتِهِ بَلْ لِاشْتِبَاهِ مَنْ لَهُ الحَقُّ، وَذٰلِكَ فِي الخَطَإِ دُونَ العَمْدِ لِأَنَّ العَبْدَ لَا يَصْلُحُ مَالِكًا لِلْمَالِ، فَعَلَىٰ اعْتِبَارِ حَالَةِ الجُرْحِ يَكُونُ الحَقُّ لِلْمَوْلَىٰ، وَعَلَىٰ اعْتِبَارِ حَالَةِ المَوْتِ يَكُونُ لِلْمَيِّتِ لِحُرِّيَّتِهِ فَيُقْضَىٰ مِنْهُ دُيُونُهُ وَيُنَفَّذُ وَصَايَاهُ فَجَاءَ الِاشْتِبَاهُ. أَمَّا العَمْدُ فَمُوجِبُهُ القِصَاصُ وَالْعَبْدُ مُبْقًى عَلَىٰ أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِيهِ، وَعَلَىٰ اعْتِبَارِ أَنْ يَكُونَ الحَقُّ لَهُ فَالْمَوْلَىٰ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّاهُ إِذْ لَا وَارِثَ لَهُ سِوَاهُ فَلَا اشْتِبَاهَ فِيمَنْ لَهُ الحَقُّ، وَإِذَا امْتَنَعَ القِصَاصُ فِي

يكن للعبد ورثةٌ سوى المالك في العمد، واختلافُ السبب هو أنَّا لو اعتبرنا حالةَ الجرح كان السببُ هو الملك، ولو اعتبرنا حالة الموت كان السببُ هو الولاء، ولا اعتبارَ له لأنَّ المقصودَ وهو الحكم الذي هو استيفاء القصاص متحدٌ.

قوله: بِخِلَافِ تِلْكَ المَسْأَلَةِ، أي مسئلة الجارية.

قوله: لِأَنَّ مِلْكَ اليَمِينِ يُغَايِرُ مِلْكَ النِّكَاحِ حُكْمًا، وذلك لأنَّ النكاحَ يثبت الحلَّ مقصودًا والبيع لا يثبته، ولو أثبته لا يثبته مقصودًا فاختلف الحكم كما لو اختلف السببُ فلذلك لم يثبت الحلُّ، وقال شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ: إذا قال لك عليَّ ألف من قرضٍ، فقال المقرُّ له: لا، بل من ثمن مبيعٍ، فإنه يقضىٰ بالمال لأنا نلقي القرض والبيع لإنكار كل منهما ما ادَّعاه صاحبه على الآخر وبقي الإقرار بمطلق المال، وذلك كافٍ لاستحقاق المال ويكون بذلًا من المقرِّ، والبذل يجري في المال كما في القضاء بالنكول، بخلاف مسئلة الجارية فإنَّ حل الوطءِ مما لا يثبت بالرأي.

الفَصْلَيْنِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَجِبُ أَرْشُ اليَدِ، وَمَا نَقَصَهُ مِنْ وَقْتِ الجُرْحِ إِلَىٰ وَقْتِ الإِعْتَاقِ كَمَا ذَكَرْنَا لِأَنَّهُ حَصَلَ عَلَىٰ مِلْكِهِ وَيَبْطُلُ الفَضْلُ، وَعِنْدَهُمَا الجَوَابُ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ كَالْجَوَابِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فِي الثَّانِي.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدَيْهِ أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ شُجَّا فَأَوْقَعَ العِتْقَ عَلَىٰ أَحَدِهِمَا فَأَرْشُهُمَا لِلْمَوْلَىٰ) لِأَنَّ العِتْقَ غَيْرُ نَازِلٍ فِي المُعَيَّنِ وَالشَّجَّةُ تُصَادِفُ المُعَيَّنَ فَبَقِيَا مَمْلُوكَيْنِ فِي حَقِّ الشَّجَّةِ (وَلَوْ قَتَلَهُمَا رَجُلٌ تَجِبُ دِيَةُ حُرٍّ وَقِيمَةُ عَبْدٍ) وَالفَرْقُ أَنَّ البَيَانَ إِنْشَاءٌ مِنْ وَجْهٍ وَإِظْهَارٌ مِنْ وَجْهٍ

قوله: وَعِنْدَهُمَا الجَوَابُ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ، وهو ما إذا كان له وارثٌ غير المولىٰ كالجواب عند محمد رحمه الله تعالىٰ في الفصل الثانِي وهو ما إذا لم يكن له وارثٌ.

قوله: فَأَوْقَعَ العِتْقَ عَلَىٰ أَحَدِهِمَا، أي بيَّن، وإنَّما ذكر لفظ الإيقاع لأنَّ العتقَ غير نازلٍ في المعين.

قوله: وَلَوْ قَتَلَهُمَا رَجُلٌ تَجِبُ دِيَةُ حُرٍّ وَقِيمَةُ عَبْدٍ، هذا إذا كان القاتلُ واحدًا وقتلهما معًا واستوت قيمتهما، أمَّا إذا كان القاتلُ اثنين فيجيء بعده، وأمَّا إذا قتلهما الواحدُ على التعاقب فعليه قيمة الأوَّل للمولىٰ ودية الآخر لورثته، لأنَّ بقتل أحدهما تعين الآخر للعتق فتبيَّن أنه قتله وهو حرٌّ، وأمَّا لو قتلهما معًا كان عليه قيمته ودية حرٍّ إن استوت القيمتان، وإن اختلفَ فعليه نصف قيمة واحد منهما ودية حرٍّ، لأنَّا نتيقَّنُ أنه قتل عبدًا وحرًّا وقتل الحر يوجب الدية وليسَ أحدهما بأوْلىٰ من الآخر، فيلزمه نصف قيمة كلِّ واحد منهما ونصف دية كلِّ واحد منهما، ولأنَّ البيان فاتَ حين قتلا، وعند فوت البيان يشيعُ العتق فيهما.

عَلَىٰ مَا عُرِفَ، وَبَعْدَ الشَّجَّةِ بَقِيَ مَحِلًّا لِلْبَيَانِ فَاعْتُبِرَ إِنْشَاءً فِي حَقِّهِمَا، وَبَعْدَ المَوْتِ لَمْ يَبْقَ مَحِلًّا لِلْبَيَانِ فَاعْتَبَرْنَاهُ إِظْهَارًا مَحْضًا، وَأَحَدُهُمَا حُرٌّ بِيَقِينٍ فَتَجِبُ قِيمَةُ عَبْدٍ وَدِيَةُ حُرٍّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَتَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَجُلٌ حَيْثُ تَجِبُ قِيمَةُ المَمْلُوكِينَ، لِأَنَّا لَمْ نَتَيَقَّنْ بِقَتْلِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُرًّا وَكُلٌّ مِنْهُمَا يُنْكِرُ ذٰلِكَ، وَلِأَنَّ القِيَاسَ يَأْبَىٰ ثُبُوتَ العِتْقِ فِي المَجْهُولِ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ فَائِدَةً، وَإِنَّمَا صَحَّحْنَاهُ ضَرُورَةَ صِحَّةِ التَّصَرُّفِ وَأَثْبَتْنَا لَهُ وِلَايَةَ النَّقْلِ مِنَ المَجْهُولِ إِلَىٰ المَعْلُومِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ وَهِيَ فِي النَّفْسِ دُونَ الأَطْرَافِ فَبَقِيَ مَمْلُوكًا فِي حَقِّهَا.

قَالَ: (وَمَنْ فَقَأَ عَيْنَيْ عَبْدٍ، فَإِنْ شَاءَ المَوْلَىٰ دَفَعَ عَبْدَهُ وَأَخَذَ قِيمَتَهُ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ، وَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ النُّقْصَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ العَبْدَ وَأَخَذَ مَا نَقَصَهُ، وَإِنْ شَاءَ دَفَعَ العَبْدَ

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَتَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَجُلٌ حَيْثُ تَجِبُ قِيمَةُ المَمْلُوكِينَ، هذا إذا قتلهما معًا ولا يدري أيُّهما قتل أوَّلًا، أمَّا إذا قتلهما رجلان فإن كان قتلهما على التعاقب فعلى القاتل الأوَّل قيمة الأول لمولاه وعلى القاتل الثاني ديته لورثته، لأنَّ العتق تعيَّن، وأمَّا لو قتلاهما معًا فعلىٰ كل واحد منهما قيمة عبدٍ، لأنَّ كل واحد من القاتلين إنَّما قتل أحدهما بعينه والعتق في حق المعين كأنه غير نازلٍ فكان كلُّ واحد منهما مملوكًا عينًا، وإنَّما نزل العتقُ في المنكر ولا نتيقنُ أنَّ كل واحد منهما قاتلٌ لذلك المنكر وإنَّما يجبُ علىٰ كلِّ واحد منهما القدرُ المتيقن به وهو القيمة.

قوله: وَلِأَنَّ القِيَاسَ، معطوف علىٰ قوله: وَالْفَرْقُ أَنَّ البَيَانَ إِنْشَاءٌ.

وَأَخَذَ قِيمَتَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُضَمِّنُهُ كُلَّ القِيمَةِ وَيُمْسِكُ الجُثَّةَ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ الضَّمَانَ مُقَابِلًا بِالْفَائِتِ فَبَقِيَ البَاقِي عَلَىٰ مِلْكِهِ، كَمَا إِذَا قَطَعَ إِحْدَىٰ يَدَيْهِ أَوْ فَقَأَ إِحْدَىٰ عَيْنَيْهِ. وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّ المَالِيَّةَ قَائِمَةٌ فِي الذَّاتِ وَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ فِي حَقِّ الأَطْرَافِ لِسُقُوطِ اعْتِبَارِهَا فِي حَقِّ الذَّاتِ قَصْرًا عَلَيْهِ. وَإِذَا كَانَتْ مُعْتَبَرَةً وَقَدْ وُجِدَ إِتْلَافُ النَّفْسِ مِنْ وَجْهٍ بِتَفْوِيتِ جِنْسِ المَنْفَعَةِ وَالضَّمَانُ يَتَقَدَّرُ بِقِيمَةِ الكُلِّ فَوَجَبَ أَنْ يَتَمَلَّكَ الجُثَّةَ دَفْعًا لِلضَّرَرِ وَرِعَايَةً لِلْمُمَاثَلَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَقَأَ عَيْنَيْ حُرٍّ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَعْنَىٰ المَالِيَّةِ، وَبِخِلَافِ عَيْنَي المُدَبَّرِ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الِانْتِقَالَ مِنَ المِلْكِ إِلَىٰ مِلْكٍ، وَفِي قَطْعِ إِحْدَىٰ اليَدَيْنِ وَفَقْءِ إِحْدَىٰ العَيْنَيْنِ لَمْ يُوجَدْ تَفْوِيتُ جِنْسِ المَنْفَعَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ مَعْنَىٰ المَالِيَّةِ لَمَّا كَانَ مُعْتَبَرًا وَجَبَ أَنْ يَتَخَيَّرَ المَوْلَىٰ عَلَىٰ الوَجْهِ الَّذِي قُلْنَاهُ كَمَا فِي سَائِرِ الأَمْوَالِ فَإِنَّ مَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرْقًا فَاحِشًا إِنْ شَاءَ المَالِكُ دَفَعَ الثَّوْبَ إِلَيْهِ وَضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ الثَّوْبَ وَضَمَّنَهُ النُّقْصَانَ.

قوله: لِسُقُوطِ اعْتِبَارِهَا فِي حَقِّ الذَّاتِ قَصْرًا عَلَيْهِ، أي لأنَّ اعتبار المالية في حقِّ الذات قصرًا عليه ساقطٌ، أي لم يقتصر اعتبار المالية في حقِّ الذات فحسبُ بل اعتبرت في حقِّ الأطراف أيضًا.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ مَعْنَى المَالِيَّةِ لَمَّا كَانَ مُعْتَبَرًا وَجَبَ أَنْ يَتَخَيَّرَ المَوْلَىٰ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي قُلْنَاهُ، أي إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته.

وَلَهُ أَنَّ المَالِيَّةَ وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَبَرَةً فِي الذَّاتِ فَالْآدَمِيَّةُ غَيْرُ مُهْدَرَةٍ فِيهِ وَفِي الأَطْرَافِ أَيْضًا، أَلَا تَرَىٰ أَنَّ عَبْدًا لَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ آخَرَ يُؤْمَرُ المَوْلَىٰ بِالدَّفْعِ أَوِ الفِدَاءِ وَهٰذَا مِنْ أَحْكَامِ الآدَمِيَّةِ، لِأَنَّ مُوجِبَ الجِنَايَةِ عَلَىٰ المَالِ أَنْ تُبَاعَ رَقَبَتُهُ فِيهَا ثُمَّ مِنْ أَحْكَامِ الأُولَىٰ أَنْ لَا يَنْقَسِمَ عَلَىٰ الأَجْزَاءِ، وَلَا يَتَمَلَّكَ الجُثَّةَ، وَمِنْ أَحْكَامِ الثَّانِيَةِ أَنْ يَنْقَسِمَ وَيَتَمَلَّكَ الجُثَّةَ فَوَفَّرْنَا عَلَىٰ الشَّبَهَيْنِ حَظَّهُمَا مِنَ الحُكْمِ.

قوله: ثُمَّ مِنْ أَحْكَامِ الأُولَىٰ - أي الآدمية - أَنْ لَا يَنْقَسِمَ عَلَى الأَجْزَاءِ، أي لا يتوزَّع كمال بدل النفس على النفس والطرف الفائت.

قوله: وَلَا يَتَمَلَّكَ الجُثَّةَ، أي فاقئ العينين حين دفعَ كمال القيمة، كما إذا فقأ عين الحرِّ.

قوله: وَمِنْ أَحْكَامِ الثَّانِيَةِ - أي المالية - أَنْ يَنْقَسِمَ وَيَتَمَلَّكَ الجُثَّةَ، كما إذا خرق ثوبَ غيره خرقًا فاحشًا وضمنه المالكُ قيمةَ الثوب فوفَّرنا على الشبهين حظَّهما من الحكم فقلنا بحكمِ أنه وَجَب بجنايةٍ على الآدميِّ لا يجبُ موزعًا، وبحكم أنه بدل مال لم يكن له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساك العين، بل قيل له: من شرط استيفائك هذا الضمان أن تزيلَ الجثَّة عن ملكك ليكون قولًا بالشبهين، وفيما قالا: إلغاءٌ لجانب الآدمية أصلًا واعتبارًا لجانب المالية، لأنَّ من حكم المال أنَّ المالك بالخيار إن شاء سلم النفس وأخذ كمال القيمة، وإن شاء أمسكها ورجع بالنقصان، كما في تخريق الثوب، وفيما قاله الشافعي رحمه الله تعالىٰ إلغاء لجانب المالية أصلًا واعتبار لجانب الآدمية لا غير، والقول الأوسط الأعدل ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ فيما تحاذى الشبهان كان القولُ بتوفير الشبهين أَوْلىٰ، والله تعالىٰ أعلم.

فَصْلٌ فِي جِنَايَةِ الْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ

قَالَ: (وَإِذَا جَنَىٰ الْمُدَبَّرُ أَوْ أُمُّ الوَلَدِ جِنَايَةً ضَمِنَ المَوْلَىٰ الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِهَا) لِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَضَىٰ بِجِنَايَةِ المُدَبَّرِ عَلَىٰ مَوْلَاهُ ، وَلِأَنَّهُ صَارَ مَانِعًا عَنْ تَسْلِيمِهِ فِي الجِنَايَةِ بِالتَّدْبِيرِ أَوِ الِاسْتِيلَادِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ الفِدَاءَ فَصَارَ كَمَا إِذَا فَعَلَ ذٰلِكَ بَعْدَ الجِنَايَةِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ. وَإِنَّمَا يَجِبُ الأَقَلُّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنَ الأَرْشِ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ فِي أَكْثَرَ مِنَ الأَرْشِ، وَلَا مَنْعَ مِنَ المَوْلَىٰ فِي أَكْثَرَ مِنَ القِيمَةِ، وَلَا تَخْيِيرَ بَيْنَ الأَقَلِّ وَالْأَكْثَرِ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ فِي جِنْسٍ وَاحِدٍ لِاخْتِيَارِهِ الأَقَلَّ لَا مَحَالَةَ، بِخِلَافِ القِنِّ لِأَنَّ الرَّغَبَاتِ صَادِقَةٌ فِي الأَعْيَانِ فَيُفِيدُ التَّخْيِيرَ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ (وَجِنَايَاتُ المُدَبَّرِ وَإِنْ تَوَالَتْ لَا تُوجِبُ إِلَّا قِيمَةً وَاحِدَةً) لِأَنَّهُ لَا مَنْعَ مِنْهُ

فصل في جناية المدبر وأمِّ الولد

قوله: لِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ، وهو أبو عبيدة ابن الجراح رضي الله تعالىٰ عنه، قضىٰ بجناية المدبر علىٰ مولاه، وكان أميرًا بالشام وكان بمحضرٍ من الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم فكان إجماعًا، كذا في الإيضاح.

إِلَّا فِي رَقَبَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلِأَنَّ دَفْعَ القِيمَةِ كَدَفْعِ العَبْدِ وَذٰلِكَ لَا يَتَكَرَّرُ فَهٰذَا كَذٰلِكَ، وَيَتَضَارَبُونَ بِالْحِصَصِ فِيهَا، وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي حَالِ الجِنَايَةِ عَلَيْهِ لِأَنَّ المَنْعَ فِي هٰذَا الوَقْتِ يَتَحَقَّقُ.

قَالَ: (فَإِنْ جَنَىٰ جِنَايَةً أُخْرَىٰ وَقَدْ دَفَعَ المَوْلَىٰ القِيمَةَ إِلَىٰ وَلِيِّ الأُولَىٰ بِقَضَاءٍ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ مَجْبُورٌ عَلَىٰ الدَّفْعِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ المَوْلَىٰ دَفَعَ القِيمَةَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ،

قوله: وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ - منهما - فِي حَالِ الجِنَايَةِ عَلَيْهِ، حتَّىٰ لو قتل إنسانًا خطأً وقيمته ألف درهم فزادت قيمته حتَّىٰ صارت ألفين وقتل آخر بعد ذلك خطأً ثم أصابه عيبٌ فرجعت قيمته إلىٰ خمس مائة ثمَّ قتل آخر خطأً فعلىٰ مولاه ألفا درهم، لأنه جنىٰ على الثاني وقيمته ألفان، ولو لم يكن منه إلا تلك الجناية لكان المولىٰ ضامنًا قيمته ألفين، ثمَّ ألف من هذين الألفين لوليِّ القتيل الأوسط خاصةً، لأنَّ وليِّ الأول إنَّما ثبتَ حقه في قيمته يوم جنىٰ علىٰ وليِّه، وهيَ ألف درهمٍ ولا حقَّ له في الألف الثانية فيسلم ذلك الولي القتيل الأوسط خاصةً، وخمس مائة من الألف الأولىٰ بين القتيل الأوَّل وبين الأوسط، لأنَّه لا حقَّ في هذه الخمس مائة لوليِّ القتيل الثالث، وإنَّما حقه في قيمته يوم جنىٰ على وليِّه، ويقسم هذه الخمس مائةً بين الأوسط، والأوَّل يضرب فيها للأوَّل بعشرة آلاف وللأوْسَط بتسعة آلافٍ، لأنَّه وصلَ إليه من حقه ألف، والخمس مائة الباقية بينهم جميعًا يضرب فيها للآخر بعشرة آلافٍ، لأنه ما وصلَ إليه شيءٌ من حقه ويضربُ فيها للأوَّل بعشرة آلافِ إلَّا ما أخذَ، لأنه وصل إليه من حقِّه مقدارَ المأخوذ، وكذلك للأوْسَط لا يضربُ بما أخذَ في المرَّتين، وإنَّما يضرب بما بقي من حقه فتنقسم الخمس مائة بينهم علىٰ ذلك.

إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَوْلَىٰ وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَا شَيْءَ عَلَى الْمَوْلَىٰ) لِأَنَّهُ حِينَ دَفَعَ لَمْ تَكُنِ الْجِنَايَةُ الثَّانِيَةُ مَوْجُودَةً فَقَدْ دَفَعَ كُلَّ الْحَقِّ إِلَىٰ مُسْتَحِقِّهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَ الْقَضَاءَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الْمَوْلَىٰ جَانٍ بِدَفْعِ حَقِّ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ طَوْعًا، وَوَلِيُّ الْأُولَىٰ ضَامِنٌ بِقَبْضِ حَقِّهِ ظُلْمًا فَيَتَخَيَّرُ، وَهٰذَا لِأَنَّ الثَّانِيَةَ مُقَارِنَةٌ حُكْمًا مِنْ وَجْهٍ وَلِهٰذَا يُشَارِكُ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ الْأُولَىٰ، وَمُتَأَخِّرَةٌ حُكْمًا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ فِي حَقِّهَا فَجُعِلَتْ كَالْمُقَارِنَةِ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ لِإِبْطَالِهِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ مِنْ حَقِّ وَلِيِّ الثَّانِيَةِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ.

(وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَىٰ الْمُدَبَّرَ وَقَدْ جَنَىٰ جِنَايَاتٍ لَمْ تَلْزَمْهُ إِلَّا قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا وَجَبَ عَلَيْهِ بِالْمَنْعِ فَصَارَ وُجُودُ الْإِعْتَاقِ مِنْ

قوله: إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَوْلَىٰ، أي بما يخصُّه من القيمة ثمَّ يرجع المولىٰ على الأول لأنه تبيَّن أنه استوفى من زيادةٍ علىٰ مقدار حقه.

قوله: لِإِبْطَالِهِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ، دليلُ وجوب الضمان على اعتبار المقارنة، فإنه إذا كان مقارنًا يكون مبطلًا حقَّ وليِّ الجنايةالثانية بالدفع إلى الأوَّل.

قوله: عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، وهذا لأنَّ الجناية الثانية مقارنة للأولىٰ من وجهٍ متأخرةٍ من وجهٍ علىٰ ما ذكر في المتن، فجعلت الجناية الثانية كالمقارنة في التضمين، حتَّىٰ كان للتضمين أيُّهما شاءَ لإبطال ما تعلَّق به حقه بالدفع من المولىٰ وبالقبض وليِّ

بَعْدُ وَعَدَمُهُ بِمَنْزِلَةٍ (وَأُمُّ الوَلَدِ بِمَنْزِلَةِ المُدَبَّرِ فِي جَمِيعِ مَا وَصَفْنَا) لِأَنَّ الِاسْتِيلَادَ مَانِعٌ مِنَ الدَّفْعِ كَالتَّدْبِيرِ (وَإِذَا أَقَرَّ المُدَبَّرُ بِجِنَايَةِ الخَطَإِ لَمْ يَجُزْ إِقْرَارُهُ وَلَا يَلْزَمُهُ بِهِ شَيْءٌ عَتَقَ أَوْ لَمْ يُعْتَقْ) لِأَنَّ مُوجَبَ جِنَايَةِ الخَطَإِ عَلَىٰ سَيِّدِهِ وَإِقْرَارُهُ بِهِ لَا يَنْفُذُ عَلَىٰ السَّيِّدِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

الجناية، وكالمتأخِّرة في اعتبار قيمة العبد، حتَّىٰ تعتبر قيمة العبد في حقِّ وليِّ الجناية الثانية وقت وجودها حقيقةً.

* * *

بَابُ غَصْبِ العَبْدِ وَالْمُدَبَّرِ وَالصَّبِيِّ وَالْجِنَايَةِ فِي ذٰلِكَ

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدِهِ ثُمَّ غَصَبَهُ رَجُلٌ وَمَاتَ فِي يَدِهِ مِنَ القَطْعِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ أَقْطَعَ، وَإِنْ كَانَ المَوْلَىٰ قَطَعَ يَدَهُ فِي يَدِ الغَاصِبِ فَمَاتَ مِنْ ذٰلِكَ فِي يَدِ الغَاصِبِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) وَالْفَرْقُ أَنَّ الغَصْبَ قَاطِعٌ لِلسَّرَايَةِ

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قوله: وَالْفَرْقُ أَنَّ الغَصْبَ قَاطِعٌ لِلسَّرَايَةِ، إلىٰ آخره، وذكر الإمام قاضي خان في الجامع الصغير هذه المسئلة ثمَّ قال: علَّل بعضهم بأنَّ الغصب من أسباب الملك، لِمَا عُرف من مذهبنا أنَّ المضمونات تملك عند أداء الضمان، فإذا تخلَّل الغصب بين الجناية والسراية تنقطع السرايةُ، كما تخلَّل بينهما بيعٌ، وإذا انقطعت السراية صار كأنه غصب عبدًا أقْطَع وماتَ عنده لا من القطع، وأمَّا إذا قَطَع المولىٰ يده عند الغاصب صار مستردًا للعبد ضرورة الاستيلاء عليه عند القطع، ألا ترىٰ أنَّ المشتري لو قطعَ يد المبيع قبل القبض يصير قابضًا، وبعد الاسترداد لم يوجد ما يقطع السراية فبَرأ الغاصبُ عن الضمان، ثمَّ قال: إلا أنَّ هذا يخالفُ مذهبنا، فإنَّ الغصبَ لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضًا أو رضًا، لأنَّ السراية إنَّما تنقطعُ به باعتبار تبدل الملك، وإنَّما يتبدَّل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب، أمَّا قبله فلا نصَّ عليه في آخر رهن الجامع والباب الثانِي من جناياته، إلا أنه إنَّما ضمنَ الغاصب ههنا قيمة العبد أقْطَع، لأنَّ السراية

لِأَنَّهُ سَبَبُ المِلْكِ كَالْبَيْعِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ هَلَكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ فَتَجِبُ قِيمَتُهُ أَقْطَعَ، وَلَمْ يُوجَدِ القَاطِعُ فِي الفَصْلِ الثَّانِي فَكَانَتِ السِّرَايَةُ مُضَافَةً إِلَىٰ البِدَايَةِ فَصَارَ المَوْلَىٰ مُتْلِفًا فَيَصِيرُ مُسْتَرِدًّا، كَيْفَ وَأَنَّهُ اسْتَوْلَىٰ عَلَيْهِ وَهُوَ اسْتِرْدَادٌ فَيَبْرَأُ الغَاصِبُ عَنِ الضَّمَانِ.

قَالَ: (وَإِذَا غَصَبَ العَبْدُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ فَمَاتَ

وإن لم تنقطع فالغصب وَرَدَ علىٰ مالٍ متقوِّم فانعقدَ سبب الضمان فلا يبْرَأ عنه الغاصب، إلا إذا ارتفع الغصب ولم يرتفع، لأنَّ الشيء إنَّما يرتفع بما هو فوقه أو مثله، ويد الغاصب ثابتةٌ على المغصوب حقيقةً، ويد المولىٰ باعتبار السراية تثبت عليه حكمًا لا حقيقةً، لأنَّ بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقةً، والثابت حكمًا دون الثابت حقيقةً وحكمًا، ولم يرتفع الغصب باتصال السراية إلىٰ فعل المولىٰ فتقرَّر الضمان، بخلاف ما لو جنىٰ عليه بعد الغصب.

قوله: كَالْبَيْعِ، والبيعُ قاطعٌ للسراية، لِمَا ذكرنا في العتق أنَّ بداية الجناية مخالفةٌ لنهايتها، فاعتبار بداية الجناية يوجبُ أن يكون الأرش للبائع، واعتبار نِهايتها يوجب أن يكون للمشتري، فيصير المستحق مجهولًا، فلهذا قلنا بأنَّ البيع قاطعٌ للسراية والغصب سببُ الملك كالبيع، ويتأتَّىٰ فيه ما ذكرنا من الجهالة، فإنَّ العبد لمَّا ماتَ في يد الغاصب ووجبَ عليه الضمان صار العبد ملكًا له من وقت الغصب، فيكون ابتداء الجناية في ملك المغصوب منه وانتهاؤها في ملك الغاصب.

قوله: وَلَمْ يُوجَدِ القَاطِعُ، أي قاطع السراية.

قوله: كَيْفَ وَأَنَّهُ اسْتَوْلَىٰ عَلَيْهِ، أي كيف لا يكون مستَرِدًّا والحال أنه استولىٰ، ألا ترىٰ أنَّ المشتري لو قطع بيد المبيع قبل القبض يصير قابضًا.

فِي يَدِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ) لِأَنَّ المَحْجُورَ عَلَيْهِ مُؤَاخَذٌ بِأَفْعَالِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ مُدَبَّرًا فَجَنَىٰ عِنْدَهُ جِنَايَةً ثُمَّ رَدَّهُ عَلَىٰ المَوْلَىٰ فَجَنَىٰ عِنْدَهُ جِنَايَةً أُخْرَىٰ فَعَلَىٰ المَوْلَىٰ قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ) لِأَنَّ المَوْلَىٰ بِالتَّدْبِيرِ السَّابِقِ أَعْجَزَ نَفْسَهُ عَنِ الدَّفْعِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَصِيرَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ فَيَصِيرُ مُبْطِلًا حَقَّ أَوْلِيَاءِ الجِنَايَةِ إِذْ حَقُّهُمْ فِيهِ وَلَمْ يَمْنَعْ إِلَّا رَقَبَةً وَاحِدَةً فَلَا يُزَادُ عَلَىٰ قِيمَتِهَا، وَيَكُونُ بَيْنَ وَلِيِّ الجِنَايَتَيْنِ نِصْفَيْنِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي المُوجَبِ.

قَالَ: (وَيَرْجِعُ المَوْلَىٰ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ عَلَىٰ الغَاصِبِ) لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ نِصْفَ البَدَلِ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِ الغَاصِبِ فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ العَبْدِ بِهٰذَا السَّبَبِ.

قَالَ: (وَيَدْفَعُهُ إِلَىٰ وَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولَىٰ ثُمَّ يَرْجِعُ بِذٰلِكَ عَلَىٰ الغَاصِبِ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ فَيُسَلِّمُ لَهُ) لِأَنَّ الَّذِي يَرْجِعُ بِهِ المَوْلَىٰ

قوله: لِأَنَّ المَحْجُورَ عَلَيْهِ مُؤَاخَذٌ بِأَفْعَالِهِ، أي في حال رقِّه، بخلاف أقواله التي توجبُ المال فإنه يؤاخذ بها بعد الحرية، أمَّا إذا أقرَّ بحدٍّ أو قصاصٍ لزمه في الحال.

قوله: مِنْ غَيْرِ أَنْ يَصِيرَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ، لأنَّ الجنايةَ لم تكن موجودةً وقتَ التدبير، فصار كما إذا جنى العبد ثمَّ أعتقه المولىٰ ولم يعلم بالجناية، فإنه تجبُ عليه القيمة ولا يصير مختارًا للفداء، فكذلك ههنا.

عَلَىٰ الغَاصِبِ عِوَضُ مَا سَلَّمَ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولَىٰ فَلَا يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ اجْتِمَاعِ البَدَلِ وَالْمُبْدَلِ فِي مِلْكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ، وَكَيْلَا يَتَكَرَّرَ الِاسْتِحْقَاقُ. وَلَهُمَا أَنَّ حَقَّ الأَوَّلِ فِي جَمِيعِ القِيمَةِ لِأَنَّهُ حِينَ جَنَىٰ فِي حَقِّهِ لَا يُزَاحِمُهُ أَحَدٌ، وَإِنَّمَا انْتَقَصَ بِاعْتِبَارِ مُزَاحَمَةِ الثَّانِي فَإِذَا وَجَدَ شَيْئًا مِنْ بَدَلِ العَبْدِ فِي يَدِ المَالِكِ فَارِغًا يَأْخُذُهُ لِيُتِمَّ حَقَّهُ فَإِذَا أَخَذَهُ مِنْهُ يَرْجِعُ المَوْلَىٰ بِمَا أَخَذَهُ عَلَىٰ الغَاصِبِ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ مِنْ يَدِهِ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِ الغَاصِبِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ جَنَىٰ عِنْدَ المَوْلَىٰ فَغَصَبَهُ رَجُلٌ فَجَنَىٰ عِنْدَهُ جِنَايَةً أُخْرَىٰ فَعَلَىٰ المَوْلَىٰ قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ القِيمَةِ عَلَىٰ الغَاصِبِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ، ....

قوله: فَإِذَا وَجَدَ شَيْئًا، أي وليُّ الجناية الأولىٰ إذا وجد شيئًا فارغًا من مزاحمةِ وليِّ الجناية الثانية من بدل العبد يأخذه، وأمَّا ما قاله محمد رحمه الله تعالىٰ من الجمع بين البدل والمبدل فقلنا نعم كذلك في حقِّ المولىٰ والغاصب، لأنَّ ما أخذه المولىٰ من الغاصب بدل المدفوع إلىٰ وليِّ الجناية الأولىٰ، وأمَّا في حق المجنىٰ عليه هو عوض ما لم يسلم لوليِّ الجناية الأولىٰ فالاعتبار لمن يستقرَّ عنده وهو المجنىٰ عليه، ومثله جائزٌ، كالذميِّ إذا باعَ خمرًا وقضىٰ به دين المسلم يجوز للمسلم أخذه، لأنَّ تلك الدراهم ثمن الخمر في حق الذميِّ وعوضٌ عن الدين في حقِّ المسلم فلذلك حلَّ له أخذها، فعُلِمَ بِهذا أنَّ الشيء الواحد يجوز أن يكون بدلًا عن عينٍ في حقِّ إنسانٍ ويكون بدلًا عن شيءٍ آخر في حقِّ غيره.

غَيْرَ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ النِّصْفِ حَصَلَ بِالْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ إِذْ كَانَتْ هِيَ فِي يَدِ الغَاصِبِ فَيَدْفَعُهُ إِلَىٰ وَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولَىٰ وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَىٰ الغَاصِبِ وَهٰذَا بِالْإِجْمَاعِ. ثُمَّ وَضَعَ المَسْأَلَةَ فِي العَبْدِ فَقَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَجَنَىٰ فِي يَدِهِ ثُمَّ رَدَّهُ فَجَنَىٰ جِنَايَةً أُخْرَىٰ فَإِنَّ المَوْلَىٰ يَدْفَعُهُ إِلَىٰ وَلِيِّ الجِنَايَتَيْنِ ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَىٰ الغَاصِبِ بِنِصْفِ القِيمَةِ فَيَدْفَعُهُ إِلَىٰ الأَوَّلِ وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَىٰ الغَاصِبِ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَرْجِعُ بِنِصْفِ القِيمَةِ فَيُسَلَّمُ لَهُ، وَإِنْ جَنَىٰ عِنْدَ المَوْلَىٰ ثُمَّ غَصَبَهُ فَجَنَىٰ فِي يَدِهِ دَفَعَهُ المَوْلَىٰ نِصْفَيْنِ وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ فَيَدْفَعُهُ إِلَىٰ الأَوَّلِ وَلَا يَرْجِعُ بِهِ) وَالْجَوَابُ فِي العَبْدِ

قوله: غَيْرَ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ النِّصْفِ، ذكر هذا لبيان الفرق، فإنه يدفع هذا النصف الذي أخذه من الغاصب إلىٰ وليِّ الجنايةالأولىٰ بالاتفاق، وكان لا يدفعه إليه عند محمد رحمه الله تعالىٰ في المسئلة الأولىٰ لأدائه إلى الجمع بين البدل والمبدل، وأمَّا هنا لو دفعَ إلى وليِّ الجناية الأولىٰ لا يؤدِّي إلى الجمع بين البدل والمبدل، لأنه لمَّا كانت الجناية الأولىٰ عند المولىٰ كان ما أخذه المولىٰ من الغاصب بدلًا عمَّا دفعَ إلىٰ وليِّ الجناية الثانية، لأنَّ الموجودَ عند الغاصب الجناية الثانية دون الأولىٰ، فلو دفع ذلك إلىٰ وليِّ الجناية الأولىٰ لا يؤدي إلى الجمع بين البدل والمبدل فيدفعُ، لأنَّ حقَّ وليِّ الجناية الأولىٰ كان في كل قيمة المدبر لأنَّ المدبَّر كان فارغًا وقت الجناية الأولىٰ عن مزاحمة الثانية.

قوله: ثُمَّ وَضَعَ المَسْأَلَةَ فِي العَبْدِ، أي محمدٌ رحمه الله تعالىٰ في الجامع الصغير.

كَالْجَوَابِ فِي الْمُدَبَّرِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا، إلَّا أَنَّ فِي هٰذَا الفَصْلِ يَدْفَعُ المَوْلَىٰ العَبْدَ وَفِي الأَوَّلِ يَدْفَعُ القِيمَةَ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ مُدَبَّرًا فَجَنَىٰ عِنْدَهُ جِنَايَةً ثُمَّ رَدَّهُ عَلَىٰ المَوْلَىٰ ثُمَّ غَصَبَهُ ثُمَّ جَنَىٰ عِنْدَهُ جِنَايَةً فَعَلَىٰ المَوْلَىٰ قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ) لِأَنَّهُ مَنَعَ رَقَبَةً وَاحِدَةً بِالتَّدْبِيرِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ (ثُمَّ يَرْجِعُ بِقِيمَتِهِ عَلَىٰ الغَاصِبِ) لِأَنَّ الجِنَايَتَيْنِ كَانَتَا فِي يَدِ الغَاصِبِ (فَيَدْفَعُ نِصْفَهَا إلَىٰ الأَوَّلِ) لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ كُلَّ القِيمَةِ، لِأَنَّ عِنْدَ وُجُودِ الجِنَايَةِ عَلَيْهِ لَا حَقَّ لِغَيْرِهِ، وَإِنَّمَا انْتَقَصَ بِحُكْمِ المُزَاحِمَةِ مِنْ بُعْدٍ.

قَالَ: (وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَىٰ الغَاصِبِ) لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِهِ وَيُسَلِّمُ لَهُ، وَلَا يَدْفَعُهُ إلَىٰ وَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولَىٰ، وَلَا إلَىٰ وَلِيِّ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إلَّا فِي النِّصْفِ لِسَبْقِ حَقِّ الأَوَّلِ وَقَدْ وَصَلَ ذٰلِكَ إلَيْهِ. ثُمَّ قِيلَ: هٰذِهِ المَسْأَلَةُ عَلَىٰ الِاخْتِلَافِ كَالْأُولَىٰ، وَقِيلَ عَلَىٰ الِاتِّفَاقِ. وَالْفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ أَنَّ فِي الأُولَىٰ الَّذِي يَرْجِعُ بِهِ عِوَضٌ عَمَّا

قوله: ثُمَّ قِيلَ: هٰذِهِ المَسْأَلَةُ عَلَى الِاخْتِلَافِ، أي الدفع إلىٰ وليِّ الجناية الأولىٰ، وقيل على الاتفاق، وقوله: أمَّا في هذه المسئلة يمكن أن يجعل عوضًا عن الجناية الثانية، يعني به ما يدفعه إلىٰ وليِّ الجناية الأولىٰ من النصف الذي رجعَ به على الغاصب يمكنُ أن يجعل عوضًا عمَّا سلمَ لوليِّ الجناية الثانية، وما بقي في يده من ذلك عوضُ ما سلم لوليِّ الجناية الأولىٰ فلا يلزمُ اجتماع البدل والمبدل في ملكٍ واحدٍ.

سَلَّمَ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولَىٰ لِأَنَّ الجِنَايَةَ الثَّانِيَةَ كَانَتْ فِي يَدِ المَالِكِ، فَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ ثَانِيًا يَتَكَرَّرُ الِاسْتِحْقَاقُ، فَأَمَّا فِي هٰذِهِ المَسْأَلَةِ فَيُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ عِوَضًا عَنِ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ لِحُصُولِهَا فِي يَدِ الغَاصِبِ فَلَا يُؤَدِّي إِلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ صَبِيًّا حُرًّا فَمَاتَ فِي يَدِهِ فَجْأَةً أَوْ بِحُمَّىٰ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَإِنْ مَاتَ مِنْ صَاعِقَةٍ أَوْ نَهْسَةِ حَيَّةٍ فَعَلَىٰ عَاقِلَةِ الغَاصِبِ الدِّيَةُ) وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَضْمَنَ فِي الوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، لِأَنَّ الغَصْبَ فِي الحُرِّ لَا يَتَحَقَّقُ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مُكَاتَبًا صَغِيرًا لَا يَضْمَنُ مَعَ أَنَّهُ حُرٌّ يَدًا، فَإِذَا كَانَ الصَّغِيرُ حُرًّا رَقَبَةً وَيَدًا أَوْلَىٰ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِالْغَصْبِ وَلٰكِنْ يَضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ، وَهٰذَا إِتْلَافٌ تَسَبُّبًا لِأَنَّهُ نَقَلَهُ إِلَىٰ أَرْضٍ مَسْبَعَةٍ أَوْ إِلَىٰ مَكَانِ الصَّوَاعِقِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الصَّوَاعِقَ وَالْحَيَّاتِ وَالسِّبَاعَ لَا تَكُونُ فِي كُلِّ مَكَانٍ، فَإِذَا نَقَلَهُ إِلَيْهِ فَهُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ وَقَدْ أَزَالَ حِفْظَ الوَلِيِّ فَيُضَافُ

قوله: وَمَنْ غَصَبَ صَبِيًّا حُرًّا، يريدُ به صبيًّا لا يعبِّر عن نفسه، لأنه إذا كان يعبِّر عن نفسه يعارضه بلسانه فلا تثبتُ يده حكمًا، وهنا قد صار في يده فلا يعارضه بيده ولسانه، كذا في الأسرار.

قوله: وَقَدْ أَزَالَ حِفْظَ الوَلِيِّ، إشارةٌ إلى الجواب عن المكاتب الصغير، فإنَّ الكتابة إذا صحت تثبت للمكاتب يدٌ فيكون في يد نفسه، صغيرًا كان أو كبيرًا، بخلاف الصغير

إِلَيْهِ، لِأَنَّ شَرْطَ العِلَّةِ يُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ العِلَّةِ إِذَا كَانَ تَعَدِّيًا كَالْحَفْرِ فِي الطَّرِيقِ، بِخِلَافِ المَوْتِ فَجْأَةً أَوْ بِحُمَّىٰ، لِأَنَّ ذٰلِكَ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الأَمَاكِنِ، حَتَّىٰ لَوْ نَقَلَهُ إِلَىٰ مَوْضِعٍ يَغْلِبُ فِيهِ الحُمَّىٰ وَالْأَمْرَاضُ نَقُولُ بِأَنَّهُ يَضْمَنُ فَتَجِبُ الدِّيَةُ عَلَىٰ العَاقِلَةِ لِكَوْنِهِ قَتْلًا تَسْبِيبًا.

قَالَ: (وَإِذَا أُودِعَ صَبِيٌّ عَبْدًا فَقَتَلَهُ ....

الحر فإنه في يد الوليّ، ألا ترىٰ أنَّ المكاتب الصغير لا يزوجه أحد، والصغير الحر يزوجه وليُّه، فعرفنا أنَّ المكاتب الصغير بمنزلة الحرِّ الكبير، وفيه لا يضمن، فكذا هنا، وأمَّا حكم الحرِّ الكبير فإنه إذا غصبه إنسانٌ ونقله إلىٰ مكانٍ فأصابه شيءٌ من هذه العوارض ينظرُ إن قيَّد الغاصب حتَّىٰ أصابه ولم يمكن التحرُّز عنه يضمن، لأنَّ المغصوبَ حجر عن حفظ نفسه بما صَنَع فيه فيجب الضمان على الغاصب، وإن لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن، لأنَّ البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه مع إمكانه كان التلف مضافًا إلىٰ تقصيره لا إلى الغاصب فلا يضمن، كالماشي إذا عَلِمَ بالبئر ومشىٰ كذلك حتَّىٰ وقع في البئر لم يضمن الحافر شيئًا، بخلاف الصغير فإنه عاجزٌ عن حفظ نفسه عن أسباب التلف، كالماشي على البئر إذا لم يعلم بالبئر، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَإِذَا أُودِعَ صَبِيٌّ عَبْدًا، إلىٰ آخره، وذكر في شرح الطحاوي: ومن أَودَعَ عند صبيّ مالًا فهلكَ في يده لا ضمان عليه بالإجماع، وإن استهلكه الصبيُّ فإنه ينظر، إن كان الصبي مأذونًا له في التجارة يضمن بالإجماع، وإن كان محجورًا عليه ولكن قبل الوديعة بأمر وليِّه يضمن بالإجماع، وإن قبل الوديعة بغير إذن وليِّه فلا ضمانَ عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ في الحال ولا بعد الإدراك، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ يضمن في الحال، وأجمعوا علىٰ أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون وديعةً

فَعَلَىٰ عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ، وَإِنْ أُودِعَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ لَمْ يَضْمَنْ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُ فِي الوَجْهَيْنِ جَمِيعًا، وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا أُودِعَ العَبْدُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ مَالًا فَاسْتَهْلَكَهُ لَا يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ فِي الحَالِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيُؤَاخَذُ بِهِ بَعْدَ العِتْقِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ يُؤَاخَذُ بِهِ فِي الحَالِ. وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ الإِقْرَاضُ وَالْإِعَارَةُ فِي العَبْدِ وَالصَّبِيِّ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي أَصْلِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ: صَبِيٌّ قَدْ عَقَلَ، وَفِي الجَامِعِ الكَبِيرِ وَضْعُ المَسْأَلَةِ فِي صَبِيٍّ ابْنِ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً، وَهٰذَا يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّ غَيْرَ العَاقِلِ يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّ التَّسْلِيطَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ وَفِعْلُهُ مُعْتَبَرٌ، لَهُمَا أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا مُتَقَوَّمًا مَعْصُومًا حَقًّا لِمَالِكِهِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ كَمَا إِذَا كَانَتِ الوَدِيعَةُ عَبْدًا وَكَمَا إِذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ المُودَعِ،

عنده ضمن في الحال.

قوله: فَعَلَىٰ عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ، أرادَ به القيمة، وإنَّما آثَر لفظة الدية لأنَّها بإزاء الآدمية والقيمة بإزاء المالية، والواجب في العبد بإزاء الآدمية عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ.

قوله: وَهٰذَا يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّ غَيْرَ العَاقِلِ يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ، هكذا ذكر فخر الإسلام البزدوي في الجامع الصغير، أمَّا صدر الإسلام وقاضي خان والتمرتاشي رحمهم الله تعالىٰ فقد قالوا في شرح الجامع الصغير: هذا الحكم فيما إذا كان الصبي عاقلًا، وإن لم يكن عاقلًا فلا يضمن في قولهم جميعًا.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا غَيْرَ مَعْصُومٍ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ كَمَا إِذَا أَتْلَفَهُ بِإِذْنِهِ وَرِضَاهُ، وَهٰذَا لِأَنَّ العِصْمَةَ تَثْبُتُ حَقًّا لَهُ وَقَدْ فَوَّتَهَا عَلَىٰ نَفْسِهِ حَيْثُ وَضَعَ المَالَ فِي يَدٍ مَانِعَةٍ فَلَا يَبْقَىٰ مُسْتَحِقًّا لِلنَّظَرِ إِلَّا إِذَا أَقَامَ غَيْرَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي الحِفْظِ، وَلَا إِقَامَةَ هَاهُنَا لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَىٰ الِاسْتِقْلَالِ عَلَىٰ الصَّبِيِّ وَلَا لِلصَّبِيِّ عَلَىٰ نَفْسِهِ، بِخِلَافِ البَالِغِ وَالْمَأْذُونِ لَهُ لِأَنَّ لَهُمَا وِلَايَةٌ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمَا وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ الوَدِيعَةُ عَبْدًا لِأَنَّ عِصْمَتَهُ لِحَقِّهِ إِذْ هُوَ مُبْقًىٰ عَلَىٰ أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ

قوله: حَيْثُ وَضَعَ المَالَ فِي يَدٍ مَانِعَةٍ، أي مانعةٍ من الإيداع والإعارة في أنه لا ولايةَ له عليه، فإنَّ الأصل أنَّ كل يدٍ مانعةٍ علىٰ معنىٰ أنَّها تمنع يد غيرها عليه إلَّا إذا أقامَ يده مقام يده، وهٰهنا لم يقم يده مقامَ يده لعدم الولاية عليه فكان التضييع من جهته.

قوله: بِخِلَافِ البَالِغِ وَالْمَأْذُونِ لَهُ - يعني لو أتْلَفا يضمنان بالإجماع - لِأَنَّ لَهُمَا وِلَايَةٌ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمَا، فيصحُّ الإيداع عندهما، وبعد صحَّة الإيداع لو أتْلَف المودع الوديعة يضمن، وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبدًا حيث يضمن الصبيُّ المودع.

قوله: لِأَنَّ عِصْمَتَهُ لِحَقِّهِ، أي لِحَقِّ العبد لا باعتبار أنَّ المالك يعصمه، لأنَّ عصمة المالك إنَّما تعتبر فيما له ولاية استهلاكٍ، حتَّىٰ يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط، وليست للمولىٰ ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك، فلمَّا لم يوجد التسليطُ منه يضمن المستهلك سواءٌ كان المستهلك صغيرًا أو كبيرًا، بخلاف سائر الأموال فإنَّ للمالك أن يستهلكها فيجوز له تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط، وفي الإيضاح: وهذا بخلاف قتل العبد لأنَّا إنَّما نعتبَر فعله تمكينًا إذا كان هو متمكِّنًا من ذلك

الدَّمِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ لِأَنَّهُ سَقَطَتِ العِصْمَةُ بِالْإِضَافَةِ إِلَىٰ الصَّبِيِّ الَّذِي وَضَعَ فِي يَدِهِ المَالَ دُونَ غَيْرِهِ.

الفعل بملكه، والمالك غير متمكِّن من القتل بملكه فلم يعتبر تمكينه، فأمَّا في غيره فهو متمكِّن من الإتلاف بالملك شرعًا، وإنَّما لا يطلق له ذلك لكون الفعل سفهًا لا أنه غير مملوكٍ له، وفي الأسرار: فإن قيل: هذا الجواب يبطلُ بما لو كانت شاةً فخنقها الصبي أو العبد فإنه لا يضمن وربُّ الشاة ما كان يملك هذا بحكم ملكه؟ قلنا: إنَّما يملك بحكم ملكه التصرُّف في حياتِها فإنه يذبحها، ولكن لا يملك الخنق لأنه تضييع للمال لا لأنه إتلافٌ، كما لو سيَّبها لم يصح، وفي مسئلة العبد لا يملك حياته ولا التصرُّف فيها لا بحكم أنه تضييع ولكن بحكم أنه أجنبيٌّ عنه، ألا ترىٰ أنه لو أقرَّ عليه بالقصاص لا يصحُّ.

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ، لِأَنَّهُ سَقَطَتِ العِصْمَةُ بِالْإِضَافَةِ إِلَى الصَّبِيِّ ... دُونَ غَيْرِهِ، أي المالكُ بالإيداع عند الصبي إنَّما أسْقَط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره، وماله معصومٌ في حقِّ غيره كما كان، لأنَّ التسليط إنَّما وجد في حق الصبيِّ لا في حقِّ غيره، فصارَ مال الوديعة ههنا بمنزلة من وجبَ عليه القصاصُ في حقِّ دمه، فإنه غير معصوم الدم في حقِّ من له القصاص، ومعصوم الدم في حق غيره كما كان. فإن قيل: لو كان الإيداع من الصبيِّ تسليطًا له على الإتلاف يضمن الأبُ مالَ الوديعة بتسليمه إلى ابنه الصغير ليحفظها، لأنَّ التسليمَ إليه تضييعٌ علىٰ هذا التقدير، والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا يضمن ههنا، فعرفنا أنه ليسَ بتسليط على الإتلاف، وكذا الأب إذا دفع الصبي إليه لا يضمن إذا تَلَف في يده، ولو كان تضييعًا لذلك بالتسليط يضمن؟ قلنا: إنَّما يضمن الأب فيهما لأنَّ يد من في عيال المودع إذا كان أهلًا لحفظ الوديعة كيد المودع، ألا ترىٰ أنه يحفظ مال نفسه بيد مثله فكذلك

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَهْلَكَ مَالًا ضَمِنَ) يُرِيدُ بِهِ مِنْ غَيْرِ إِيدَاعٍ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ

يحفظ مال غيره بيده، فكانت يد الصبي كيد الأب من هذا الوجه، ولو هلكتِ الوديعة في يد الأب لم يضمن فكذا إذا كان في يده حكمًا. فإن قيل: لو استهلك الصبيُّ الوديعة ثمَّ جاء مستحقٌّ فاستحقَّها وضمن الصبي لم يرجع الصبي على الآمر، ولو كان الإيداع منه تسليطًا لرجع بالضمان عليه، كما لو قال له: أتلف هذا المال، فأتْلَفَه فإنه يرجع بالضمان على الآمر؟ قلنا: الإيداع منه ليسَ بأمر بالإتلاف وإنه تسليط عُرفًا، إذ عادة الصبيان إتلاف المال لقلَّة نظرهم في العواقب، فهو لمَّا مكنه في ذلك مع عمله بحاله صار كالإذن له في الإتلاف، وقوله: احفظ، شرطٌ باطلٌ لأنه خاطَب به من لا يحفظ ولا يقدر عليه، ولا ولايةَ له عليه ولا للصبيِّ علىٰ نفسه، فهو كمن قدم الشعير بين يدي الحمار وقال احفظ، بخلاف مسئلة العبد والأمة لِمَا قلنا، وقيل: الأصحُّ أنَّ معنى التسليط تحويل يده في المال إليه، إلا أن يقول له احفظه قَصَد أن يكون هذا التحويل مقصورًا على الحفظ دون غيره، وهذا صحيحٌ في البالغ، باطلٌ في حق الصبيِّ، لأنه التزامٌ بالعقد والصبيُّ ليسَ من أهله، فظهرَ من هذا أنَّ الإيداع منه ليسَ بأمر بالإتلاف بل هو تمكينٌ منه، فبهذا القدر لا يستحقُّ الصبيُّ الرجوع على المودع، أمَّا إذا أمره بالإتلاف فقد استعمله بالحمل عليه، ألا ترىٰ أنه لو كان عبدًا صار غاصبًا بالاستعمال بأمره، وإذا صار مستعملًا صار ضامنًا له السلامة عن عهدة ما باشره باستعماله، ألا ترىٰ أنه لو قال لعبدٍ: أبحتُ لكَ هذا الطعام، فأكله العبد لم يصر هذا المبيح غاصبًا، بخلاف ما لو استعمله بأمره. ومنشأ الفرق هو أنَّ التسليط حكمًا لا صريحًا بالأمر، وهو نظيرُ ما لو رأىٰ عبده يتَّجر فسكتَ يصير العبد مأذونًا له في التجارة، ولو ظهرَ أنَّ العبد كان حرًّا أو استحقَّه مستحقٌّ لم يرجع الغرماء علىٰ مولاه، ولمثله لو قال: هذا

يُؤَاخَذُ بِأَفْعَالِهِ، وَصِحَّةُ القَصْدِ لَا مُعْتَبَرَ بِهَا فِي حُقُوقِ العِبَادِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

عبدي أذنتُ له في التجارة فبايعوه ثمَّ ظهر أنه كان حرًّا أو استحقه مستحقٌّ يرجعُ الغرماء على المولىٰ، لأنَّ الإذن في المبايعة مصرَّحٌ بِه ههنا ومسكوتٌ عنه في الوجه الأوَّل، والله تعالىٰ أعلم بالصَّواب.

* * *

بَابُ القَسَامَةِ

قَالَ: (وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ فِي مَحَلَّةٍ وَلَا يُعْلَمُ مَنْ قَتَلَهُ أُسْتُحْلِفَ خَمْسُونَ رَجُلًا مِنْهُمْ. يَتَخَيَّرُهُمُ الوَلِيُّ بِاللهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِذَا كَانَ هُنَاكَ لَوْثٌ اسْتَحْلَفَ الأَوْلِيَاءُ خَمْسِينَ يَمِينًا وَيَقْضِي لَهُمْ بِالدِّيَةِ عَلَىٰ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ عَمْدًا كَانَتِ الدَّعْوَىٰ أَوْ خَطأً، وَقَالَ مَالِكٌ: يَقْضِي بِالْقَوَدِ إِذَا كَانَتِ الدَّعْوَىٰ فِي القَتْلِ العَمْدِ وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ، وَالْمَوْتُ عِنْدَهُمَا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ عَلَامَةُ

باب القسامة

هيَ بمعنى الإقسام، ثمَّ قيل هيَ للأيمان التي تقسم علىٰ أهل المحلة إذا وجد قتيلٌ فيها.

قوله: بِاللهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا، هذا علىٰ طريق الحكاية عن الجميع، وأمَّا عند الحلف فيحلف كلُّ واحد منهم بالله ما قتلتُ، ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز أن يكون باشر القتل بنفسه فيجري علىٰ لسانه بالله ما قتلنا، فإن قيل: يجوز أنه قتل مع غيره فيجري علىٰ يمينه بالله ما قتلتُ كما في عكسه؟ قلنا: لا كذلك، لأنه إذا حلفَ بالله ما قتلتُ وكان قتلَ مع غيره كان كاذبًا في يمينه، فإنَّ الجماعة متىٰ قتلوا واحدًا يكون كلُّ واحد منهم قاتلًا، ولهذا يجبُ القصاص علىٰ كل واحد منهم في العمد والكفارة في الخطأ.

الْقَتْلِ عَلَىٰ وَاحِدٍ بِعَيْنِهِ أَوْ ظَاهِرٍ يَشْهَدُ لِلْمُدَّعِي مِنْ عَدَاوَةٍ ظَاهِرَةٍ أَوْ شَهَادَةِ عَدْلٍ أَوْ جَمَاعَةٍ غَيْرِ عُدُولٍ أَنَّ أَهْلَ الْمَحَلَّةِ قَتَلُوهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ فَمَذْهَبُهُ مِثْلُ مَذْهَبِنَا، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يُكَرِّرُ الْيَمِينَ بَلْ يَرُدُّهَا عَلَى الْوَلِيِّ، فَإِنْ حَلَفُوا لَا دِيَةَ عَلَيْهِمْ لِلشَّافِعِيِّ فِي الْبَدَاءِ بِيَمِينِ الْوَلِيِّ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِلْأَوْلِيَاءِ «فَيُقْسِمُ مِنْكُمْ خَمْسُونَ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ» وَلِأَنَّ الْيَمِينَ تَجِبُ عَلَىٰ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ

قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ، أي لم يكن هناك لوثٌ، وهو قرينة حالٍ توقع في القلب صدق المدَّعي، بأن يكون هناك علامة القتل علىٰ واحد بعينه كالدَّم، أو ظاهرٌ يشهد للمدعي من عداوةٍ ظاهرةٍ، أو شهادةِ واحدٍ عدلٍ أو جماعة غير عدولٍ أنَّ أهل المحلة قتلوه.

قوله: فَمَذْهَبُهُ مِثْلُ مَذْهَبِنَا، أي في بداية يمين المدَّعىٰ عليه، غير أنه إن لم يكمل أهل المحلة خمسين لا يكرِّر اليمين عليهم بل يردُّ على الأولياء كما في النكول عنده، فالاختلافُ في موضعين: في تحليف المدَّعي أوّلًا وفي براءة أهل المحلَّة باليمين، فالحاصل أنه إذا وجد ظاهرٌ يشهد للمدَّعي عند الشافعي رحمه الله تعالىٰ يحلف المدَّعي، فإن حلف أنَّهم قتلوه خطأً فله الدية، وإن حلف أنَّهم قتلوه عمدًا فعليهم القصاصُ في قولٍ، والديةُ في قولٍ، فإن نكل المدعي عن اليمين حلف المدَّعىٰ عليهم، فإن حلفوا برئوا ولا شيءَ عليهم، وإن نكلوا فعليهمُ القصاصُ في قولٍ، والديةُ في قولٍ، وإن لم يكن الظاهر شاهدًا للمدعي حلف أهل المحلة علىٰ ما قلنا.

قوله: فَيُقْسِمُ مِنْكُمْ خَمْسُونَ، أصله ما رُويَ أنه وجد قتيل من المسلمين في قليب من قلب خيبر فرُفِع إلى النبي عليه الصلاة والسلام فقضىٰ باستحلاف خمسين من أهل

وَلِهٰذَا تَجِبُ عَلَىٰ صَاحِبِ اليَدِ، فَإِذَا كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْوَلِيِّ يَبْدَأُ بِيَمِينِهِ وَرَدُّ اليَمِينِ عَلَىٰ المُدَّعِي أَصْلٌ لَهُ كَمَا فِي النُّكُولِ، غَيْرَ أَنَّ هٰذِهِ دَلَالَةٌ فِيهَا نَوْعُ شُبْهَةٍ وَالْقِصَاصُ لَا يُجَامِعُهَا وَالْمَالُ يَجِبُ مَعَهَا فَلِهٰذَا وَجَبَتِ الدِّيَةُ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْبَيِّنَةُ عَلَىٰ الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ» وَفِي رِوَايَةٍ «عَلَىٰ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ» وَرَوَىٰ سَعِيدُ بْنُ المُسَيِّبِ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - بَدَأَ بِالْيَهُودِ بِالْقَسَامَةِ وَجَعَلَ الدِّيَةَ عَلَيْهِمْ لِوُجُودِ القَتِيلِ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ» وَلِأَنَّ اليَمِينَ حُجَّةٌ لِلدَّفْعِ دُونَ الِاسْتِحْقَاقِ وَحَاجَةُ الوَلِيِّ إِلَىٰ الِاسْتِحْقَاقِ وَلِهٰذَا لَا يَسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ المَالَ المُبْتَذَلَ فَأَوْلَىٰ أَنْ لَا يَسْتَحِقَّ بِهِ النَّفْسَ المُحْتَرَمَةَ. وَقَوْلُهُ يَتَخَيَّرُهُمْ الوَلِيُّ إِشَارَةٌ

القليب فلم يرضَ الأولياء بأيمانهم بسبب كفرهم، فقال لهم رسول الله عليه الصلاة والسلام: «يقسم منكم خمسون إنَّهم قتلوه، فقالوا: كيف نقسم علىٰ ما لا علمَ لنا قطعًا؟ فودى النبي عليه الصلاة والسلام من ماله» فأوَّلُ الحديث حجتنا، وتأويل قوله: يقسم منكم، أي أيقسم منكم؟ استفهامًا علىٰ سبيل الإنكار، وكأنه عليه الصلاة والسلام رأىٰ منهم الرغبة في حكم الجاهلية حين أبوا أيْمَان اليهود بقولهم: لا نرضىٰ بيمين قومٍ كفار، فقال ذلك علىٰ سبيل الزجر، فلمَّا عرفوا كراهيةَ رسول الله عليه الصلاة والسلام بذلك رغبوا عنه بقولهم: كيف نحلفُ علىٰ أمرٍ لم نعاين ولم نشاهد.

قوله: بَدَأَ بِالْيَهُودِ بِالْقَسَامَةِ، وهم أهل القليب.

قوله: فَأَوْلَىٰ أَنْ لَا يَسْتَحِقَّ بِهِ النَّفْسَ المُحْتَرَمَةَ، جوابٌ عن أحد قولي الشافعي

إِلَىٰ أَنَّ خِيَارَ تَعْيِينِ الخَمْسِينَ إِلَىٰ الوَلِيِّ لِأَنَّ اليَمِينَ حَقُّهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَخْتَارُ مَنْ يَتَّهِمُهُ بِالْقَتْلِ أَوْ يَخْتَارُ صَالِحِي أَهْلِ المَحَلَّةِ لِمَا أَنَّ تَحَرُّزَهُمْ عَنِ اليَمِينِ الكَاذِبَةِ أَبْلَغُ التَّحَرُّزِ فَيَظْهَرُ القَاتِلُ، وَفَائِدَةُ اليَمِينِ النُّكُولُ، فَإِنْ كَانُوا لَا يُبَاشِرُونَ وَيَعْلَمُونَ يُفِيدُ يَمِينَ الصَّالِحِ عَلَىٰ العِلْمِ بِأَبْلَغَ مِمَّا يُفِيدُ يَمِينُ الطَّالِحِ، وَلَوِ اخْتَارُوا أَعْمَىٰ أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ جَازَ لِأَنَّهُ يَمِينٌ وَلَيْسَ بِشَهَادَةٍ.

قَالَ: (وَإِذَا حَلَفُوا قَضَىٰ عَلَىٰ أَهْلِ المَحَلَّةِ بِالدِّيَةِ وَلَا يُسْتَحْلَفُ الوَلِيُّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا تَجِبُ الدِّيَةُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -

رحمه الله تعالىٰ، وهو قولُ مالكٍ رحمه الله تعالىٰ أنه يجب القصاص بيمينه، وكذلك علىٰ قوله الآخر فإنه يقول: يستحق بيمينه النفس، إلا أنَّ القصاص يسقطُ باعتبار الشبهة فيصار إلى الدية بدلًا عن القصاص.

قوله: يُفِيدُ يَمِينَ الصَّالِحِ عَلَى العِلْمِ، لأنَّ صالحي أهل المحلَّة إذا علموا القاتلَ فيهم أظهروه ولم يحلفوا.

قوله: لِأَنَّهُ يَمِينٌ وَلَيْسَ بِشَهَادَةٍ، يحترَزُ بِهذا التعليل عن اللِّعان، لأنه شهادةٌ، والأعمىٰ والمحدود في القذف ليسا من أهل الشهادة.

قوله: وَإِذَا حَلَفُوا قَضَىٰ عَلَىٰ أَهْلِ المَحَلَّةِ بِالدِّيَةِ، أي علىٰ عاقلة أهل المحلة، وفي المبسوط: إنَّما يقضىٰ بالدية علىٰ عاقلة أهل المحلة في ثلاث سنين، لأنَّ حالهم هنا دون حال من باشر القتل خطأً، وإذا كانت الدية هناك علىٰ عاقلته في ثلاث سنين فهٰهنا أوْلىٰ.

فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللهِ بْنِ سَهْلٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «تُبَرِّئُكُمُ الْيَهُودُ بِأَيْمَانِهَا» وَلِأَنَّ الْيَمِينَ عُهِدَ فِي الشَّرْعِ مُبَرِّئًا لِلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ لَا مُلْزِمًا كَمَا فِي سَائِرِ الدَّعَاوَىٰ. وَلَنَا أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - جَمَعَ بَيْنَ الدِّيَةِ وَالْقَسَامَةِ فِي حَدِيثِ ابْنِ سَهْلٍ وَفِي حَدِيثِ زِيَادِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ، وَكَذَا جَمَعَ عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - بَيْنَهُمَا عَلَىٰ وَادِعَةَ.

قوله: فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللهِ بْنِ سَهْلٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وهو ما روىٰ سُهَيل بن أبي حثمة أنَّ عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا في التجارة إلىٰ خيبر وتفرَّقوا لحوائجهم، فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلًا في قليبٍ من قلب خيبر يتشحَّطُ في دمه، فجاؤوا إلىٰ رسول الله عليه الصلاة والسلام ليخبروه، فأرادَ عبد الرحمن وهو أخو القتيل أن يتكلَّم فقال عليه الصلاة والسلام: الكبير الكبير، فكلَّم أحد عمَّيه حويصة أو محيصة فأخبره بذلك فقال: ومن قتله؟ قال: من يقتله سوى اليهود، قال: تبَرئكم اليهود بأيْمانِها.

قوله: فِي حَدِيثِ ابْنِ سَهْلٍ وَفِي حَدِيثِ زِيَادِ، فحديث سهل ما ذكروا، أمَّا حديث ابن زياد فما روىٰ خصيفٌ عن زياد بن أبي مريمَ أنه قال: جاء رجلٌ إلى النبي عليه الصلاة والسلام وقال: إنِّي وجدتُّ أخي قتيلًا في بني فلان، فقال: اختَر من شيوخهم خمسين رجلًا، فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلًا، فقال الرجل: وليسَ لي من أخي إلا هذا، قال: نعم! ومائة من الإبل.

قوله: وَكَذَا جَمَعَ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ وَادِعَةَ، رُوِيَ أن قتيلًا وجد بين وادعة وأرْحَب وكان إلىٰ وادعة أقرب فقضىٰ عليهم عُمر رضي الله عنه بالقسامة والدية، فقال وادعيٌّ: يا أمير المؤمنين! لا أيماننا يدفع عن أمْوالنا ولا أمْوالنا يدفع عن أيماننا،

وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «تُبَرِّئُكُمُ اليَهُودُ» مَحْمُولٌ عَلَىٰ الإِبْرَاءِ عَنِ القِصَاصِ وَالْحَبْسِ، وَكَذَا اليَمِينُ مُبَرِّئَةٌ عَمَّا وَجَبَ لَهُ اليَمِينُ وَالْقَسَامَةُ مَا شُرِعَتْ لِتَجِبَ الدِّيَةُ إِذَا نَكَلُوا، بَلْ شُرِعَتْ لِيَظْهَرَ القِصَاصُ بِتَحَرُّزِهِمْ عَنِ اليَمِينِ الكَاذِبَةِ فَيُقِرُّوا بِالْقَتْلِ، فَإِذَا حَلَفُوا حَصَلَتِ البَرَاءَةُ عَنِ القِصَاصِ. ثُمَّ الدِّيَةُ تَجِبُ بِالْقَتْلِ المَوْجُودِ مِنْهُمْ ظَاهِرًا لِوُجُودِ القَتِيلِ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ لَا بِنُكُولِهِمْ، أَوْ وَجَبَتْ بِتَقْصِيرِهِمْ فِي المُحَافَظَةِ كَمَا فِي القَتْلِ الخَطَإِ (وَمَنْ أَبَىٰ مِنْهُمُ اليَمِينَ حُبِسَ حَتَّىٰ يَحْلِفَ) لِأَنَّ اليَمِينَ فِيهِ مُسْتَحَقَّةٌ لِذَاتِهَا تَعْظِيمًا لِأَمْرِ الدَّمِ وَلِهٰذَا يُجْمَعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدِّيَةِ، بِخِلَافِ النُّكُولِ فِي الأَمْوَالِ لِأَنَّ اليَمِينَ بَدَلٌ عَنْ أَصْلِ حَقِّهِ وَلِهٰذَا يَسْقُطُ بِبَذْلِ المُدَّعِي وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَا يَسْقُطُ بِبَذْلِ الدِّيَةِ، هٰذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا ادَّعَىٰ الوَلِيُّ القَتْلَ عَلَىٰ جَمِيعِ أَهْلِ المَحَلَّةِ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَىٰ عَلَىٰ البَعْضِ لَا بِأَعْيَانِهِمْ وَالدَّعْوَىٰ فِي العَمْدِ أَوِ الخَطَإِ لِأَنَّهُمْ لَا يَتَمَيَّزُونَ عَنِ البَاقِي، وَلَوِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ البَعْضِ بِأَعْيَانِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَ وَلِيَّهُ عَمْدًا أَوْ خَطأً فَكَذٰلِكَ الجَوَابُ، يَدُلُّ عَلَيْهِ إِطْلَاقُ الجَوَابِ

فقال إنَّما حقنتم دماءكم بأيمانكم، وإنَّما أغرَمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم، وقوله: وَكَذَا لَوِ ادَّعَىٰ عَلَى البَعْضِ بِأَعْيَانِهِمْ، سنذكره من بعد إن شاء الله تعالىٰ، وعد بيانه، ثمَّ في الموضع الذي وعدَ بيانه فيه قال: وقد ذكرناه، وذكرنا فيه القياس والاستحسان، وقيل: في بعض النسخ الحكم مذكورٌ مكان قوله: سنذكره، فيصح قوله: وقد ذكرنا، لكن لم

فِي الكِتَابِ، وَهٰكَذَا الجَوَابُ فِي المَبْسُوطِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الأَصْلِ أَنَّ فِي القِيَاسِ تَسْقُطُ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَنِ البَاقِينَ مِنْ أَهْلِ المَحَلَّةِ، وَيُقَالُ لِلْوَلِيِّ أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟ فَإِنْ قَالَ لَا يُسْتَحْلَفُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ يَمِينًا وَاحِدَةً. وَوَجْهُهُ أَنَّ القِيَاسَ يَأْبَاهُ لِاحْتِمَالِ وُجُودِ القَتْلِ مِنْ غَيْرِهِمْ، وَإِنَّمَا عُرِفَ بِالنَّصِّ فِيمَا إِذَا كَانَ فِي مَكَانٍ يُنْسَبُ إِلَىٰ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِمْ وَالْمُدَّعِي يَدَّعِي القَتْلَ عَلَيْهِمْ، وَفِيمَا وَرَاءَهُ بَقِيَ عَلَىٰ أَصْلِ القِيَاسِ وَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَىٰ القَتْلَ عَلَىٰ وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ. وَفِي الِاسْتِحْسَانِ تَجِبُ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَىٰ أَهْلِ المَحَلَّةِ لِأَنَّهُ لَا فَصْلَ فِي إِطْلَاقِ النُّصُوصِ بَيْنَ دَعْوَىٰ وَدَعْوَىٰ فَنُوجِبُهُ بِالنَّصِّ لَا بِالْقِيَاسِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَىٰ عَلَىٰ وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَصٌّ، فَلَوْ أَوْجَبْنَاهُمَا لَأَوْجَبْنَاهُمَا بِالْقِيَاسِ وَهُوَ مُمْتَنِعٌ، ثُمَّ حُكْمُ ذٰلِكَ أَنْ يُثْبِتَ مَا ادَّعَاهُ إِذَا كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ، وَإِنْ لَمْ تَكُنِ اسْتَحْلَفَهُ يَمِينًا وَاحِدَةً لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَسَامَةٍ لِانْعِدَامِ النَّصِّ وَامْتِنَاعِ القِيَاسِ. ثُمَّ إِنْ حَلَفَ بَرِئَ وَإِنْ نَكَلَ وَالدَّعْوَىٰ فِي المَالِ ثَبَتَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ فِي القِصَاصِ فَهُوَ عَلَىٰ اخْتِلَافٍ مَضَىٰ فِي كِتَابِ الدَّعْوَىٰ.

قَالَ: (وَإِنْ لَمْ يُكْمِلْ أَهْلُ المَحَلَّةِ كُرِّرَتِ الأَيْمَانُ عَلَيْهِمْ حَتَّىٰ تَتِمَّ

يثبت عندي صحّة هذه الرواية من النسخ المتقنة.

قوله: كُرِّرَتِ الأَيْمَانُ عَلَيْهِمْ، لأنَّ تكرار اليمين مشروعٌ، كما في كلمات اللعان.

خَمْسِينَ) لِمَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - لَمَّا قَضَىٰ فِي القَسَامَةِ وَافَىٰ إِلَيْهِ تِسْعَةٌ وَأَرْبَعُونَ رَجُلًا فَكَرَّرَ اليَمِينَ عَلَىٰ رَجُلٍ مِنْهُمْ حَتَّىٰ تَمَّتْ خَمْسِينَ ثُمَّ قَضَىٰ بِالدِّيَةِ. وَعَنْ شُرَيْحٍ وَالنَّخَعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ مِثْلُ ذٰلِكَ، وَلِأَنَّ الخَمْسِينَ وَاجِبٌ بِالسُّنَّةِ فَيَجِبُ إِتْمَامُهَا مَا أَمْكَنَ، وَلَا يُطْلَبُ فِيهِ الوُقُوفُ عَلَىٰ الفَائِدَةِ لِثُبُوتِهَا بِالسُّنَّةِ، ثُمَّ فِيهِ اسْتِعْظَامُ أَمْرِ الدَّمِ، فَإِنْ كَانَ العَدَدُ كَامِلًا فَأَرَادَ الوَلِيُّ أَنْ يُكَرِّرَ عَلَىٰ أَحَدِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ ذٰلِكَ، لِأَنَّ المَصِيرَ إِلَىٰ التَّكْرَارِ ضَرُورَةُ الإِكْمَالِ.

قَالَ: (وَلَا قَسَامَةَ عَلَىٰ صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ) لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ القَوْلِ الصَّحِيحِ وَالْيَمِينُ قَوْلٌ صَحِيحٌ. قَالَ: (وَلَا امْرَأَةٍ وَلَا عَبْدٍ) لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ النُّصْرَةِ وَالْيَمِينُ عَلَىٰ أَهْلِهَا.

قَالَ: (وَإِنْ وُجِدَ مَيِّتًا لَا أَثَرَ بِهِ فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَتِيلٍ، إِذِ القَتِيلُ فِي العُرْفِ مَنْ فَاتَتْ حَيَاتُهُ بِسَبَبٍ يُبَاشِرُهُ حَيٌّ وَهٰذَا مَيِّتٌ حَتْفَ أَنْفِهِ، وَالْغَرَامَةُ تَتْبَعُ فِعْلَ العَبْدِ وَالْقَسَامَةُ تَتْبَعُ احْتِمَالَ القَتْلِ ثُمَّ يَجِبُ عَلَيْهِمُ القَسَمُ فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَكُونَ بِهِ أَثَرٌ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَىٰ كَوْنِهِ قَتِيلًا، وَذٰلِكَ بِأَنْ يَكُونَ بِهِ جِرَاحَةٌ أَوْ أَثَرُ ضَرْبٍ أَوْ خَنْقٍ، وَكَذَا إِذَا كَانَ خَرَجَ الدَّمُ مِنْ عَيْنِهِ أَوْ أُذُنِهِ لِأَنَّهُ لَا يَخْرُجُ مِنْهَا إِلَّا بِفِعْلٍ مِنْ جِهَةِ الحَيِّ عَادَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَرَجَ مِنْ فِيهِ أَوْ دُبُرِهِ أَوْ ذَكَرِهِ لِأَنَّ الدَّمَ يَخْرُجُ مِنْ

هٰذِهِ المَخَارِجِ عَادَةً بِغَيْرِ فِعْلِ أَحَدٍ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الشَّهِيدِ.

(وَلَوْ وُجِدَ بَدَنُ القَتِيلِ أَوْ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ البَدَنِ أَوِ النِّصْفُ وَمَعَهُ الرَّأْسُ فِي مَحَلَّةٍ فَعَلَىٰ أَهْلِهَا القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ، وَإِنْ وُجِدَ نِصْفُهُ مَشْقُوقًا بِالطُّولِ أَوْ وُجِدَ أَقَلُّ مِنَ النِّصْفِ وَمَعَهُ الرَّأْسُ أَوْ وُجِدَ يَدُهُ أَوْ رِجْلُهُ أَوْ رَأْسُهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّ هٰذَا حُكْمٌ عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ وَقَدْ وَرَدَ بِهِ فِي البَدَنِ، إِلَّا أَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الكُلِّ تَعْظِيمًا لِلْآدَمِيِّ، بِخِلَافِ الأَقَلِّ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِبَدَنٍ وَلَا مُلْحَقٍ بِهِ فَلَا تَجْرِي فِيهِ القَسَامَةُ، وَلِأَنَّا لَوِ اعْتَبَرْنَاهُ تَتَكَرَّرُ القَسَامَتَانِ وَالدِّيَتَانِ بِمُقَابَلَةِ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَلَا تَتَوَالَيَانِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ المَوْجُودَ الأَوَّلَ إِنْ كَانَ بِحَالٍ لَوْ وُجِدَ البَاقِي تَجْرِي فِيهِ القَسَامَةُ لَا تَجِبُ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ بِحَالٍ لَوْ وُجِدَ البَاقِي لَا تَجْرِي فِيهِ القَسَامَةُ تَجِبُ، وَالْمَعْنَىٰ مَا أَشَرْنَا إِلَيْهِ، وَصَلَاةُ الجِنَازَةِ فِي هٰذَا تَنْسَحِبُ عَلَىٰ هٰذَا الأَصْلِ لِأَنَّهَا لَا تَتَكَرَّرُ. (وَلَوْ وُجِدَ فِيهِمْ جَنِينٌ أَوْ سِقْطٌ لَيْسَ بِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ فَلَا شَيْءَ عَلَىٰ أَهْلِ المَحَلَّةِ) لِأَنَّهُ لَا يَفُوقُ الكَبِيرُ حَالًا (وَإِنْ كَانَ بِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ وَهُوَ تَامُّ الخَلْقِ وَجَبَتِ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ تَامَّ الخَلْقِ يَنْفَصِلُ حَيًّا (وَإِنْ كَانَ نَاقِصَ الخَلْقِ فَلَا

قوله: وَالْمَعْنَىٰ مَا أَشَرْنَا إِلَيْهِ، وهو أنَّ تكرار القسامة والدية في قتيلٍ واحدٍ غير مشروعٍ.

قوله: لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ تَامَّ الخَلْقِ يَنْفَصِلُ حَيًّا، فإن قيل: الظاهرُ لا يصلح حجَّةً

شَيْءَ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّهُ يَنْفَصِلُ مَيِّتًا لَا حَيًّا.

قَالَ: (وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ عَلَىٰ دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ فَالدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ دُونَ أَهْلِ المَحَلَّةِ) لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ فِي دَارِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ قَائِدَهَا أَوْ رَاكِبَهَا (فَإِنِ اجْتَمَعُوا فَعَلَيْهِمْ) لِأَنَّ القَتِيلَ فِي أَيْدِيهِمْ فَصَارَ كَمَا إِذَا وُجِدَ فِي دَارِهِمْ.

للاستحقاق، ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره إذا لم يعلم صحته حكومة عدلٍ عندنا، وإن كان الظاهر سلامتها فلنا اعتبار الظاهر هنا لأنه نفسٌ من وجهٍ، ولا كذلك الأطراف لأنَّها يسلكُ بِها مسلكَ الأموال ولا يجبُ القصاص والدية فيها ما لم يعلم سلامتها، وأمَّا الجنين فنفس من وجهٍ وعضو من وجهٍ، فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب فالظاهر أنه ينفصل حيًّا اعتبرنا جهة النفس، كالقتيل الموجود في المحلة وبه أثر الجراحة يحكم أنه مقتولٌ وتجبُ القسامة والدية اعتبارًا للظاهر، وإن كان يحتمل أنه ماتَ حتفَ أنفه تعظيمًا للدَّم، وإذا انفصل ناقصًا اعتبَرنا فيه جهة العضو ولم توجب الدية التي لها خطرٌ، إذ لا تيقُّن بانفصاله حيًّا ولا ظاهر يشهد بذلك.

قوله: وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ عَلَىٰ دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ فَالدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ، ورُوِيَ عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ في غير رواية الأصول أنه كان يفصل في الجواب ويقول هكذا: إذا كان السائقُ يسوق الدابة محتشمًا مخفيًا لأنَّ الظاهر أنه هو القاتل إذا كان يسوقها علىٰ هذا الوجه، فأمَّا إذا كان يسوقها غير محتشمٍ نَهارًا جهارًا فلا شيءَ عليه، لأنَّ الإنسان قد يحمل أباه أو ابنه أو أحدًا من أقربائه إلىٰ بلدةٍ ليدفنه فيه، وظاهر حاله يدلُّ عليه فلا يجعل قاتلًا، ومن مشايخنا من قال: إنَّما تجبُ الدية على عاقلة السائق إذا لم يكن للدابة مالكٌ معروفٌ، أمَّا إذاكان لها مالكٌ معروفٌ فالقسامة والدية علىٰ

قَالَ: (وَإِنْ مَرَّتْ دَابَّةٌ بَيْنَ القَرْيَتَيْنِ وَعَلَيْهَا قَتِيلٌ فَهُوَ عَلَىٰ أَقْرَبِهِمَا) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أُتِيَ بِقَتِيلٍ وُجِدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ فَأَمَرَ أَنْ يُذْرَعَ» . وَعَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّهُ لَمَّا كُتِبَ إِلَيْهِ فِي القَتِيلِ الَّذِي وُجِدَ بَيْنَ وَدَاعَةَ وَأَرْحَبَ كَتَبَ بِأَنْ يَقِيسَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ، فَوُجِدَ القَتِيلُ إِلَىٰ وَادِعَةَ أَقْرَبَ فَقَضَىٰ عَلَيْهِمْ بِالْقَسَامَةِ. قِيلَ هٰذَا مَحْمُولٌ عَلَىٰ مَا إِذَا كَانَ بِحَيْثُ يَبْلُغُ أَهْلَهُ الصَّوْتُ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِهٰذِهِ الصِّفَةِ يَلْحَقُهُ الغَوْثُ فَتُمْكِنُهُمُ النُّصْرَةُ وَقَدْ قَصَّرُوا.

مالكها، كما في الدار عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، وقال بعض مشايخنا: القسامة على السائق أو القائد والدية علىٰ عاقلته، سواءٌ كان للدابة مالكٌ معروفٌ أو لم يكن، وإطلاق الجواب في الكتاب يدلُّ علىٰ هذا، فعلىٰ هذا يحتاج إلى الفرق بين الدابة والدار علىٰ قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، والفرق هو أنَّ العبرة في هذا الباب للتَّصرُّف والتدبير والرأي، ثمَّ التصرُّف والرأي والتدبير في الدار يكون للمالك، لأنه لا يتصوَّر انقطاع يده عن ذلك لأنه وإن آجرها فالمؤنة تكون على المالك فتكون القسامةُ عليه، وأمَّا في الدابة فالتصرُّف والرأي والتدبير علىٰ من في يده الدابة لأنَّ يد صاحب الدابة تزول عنها بالإجارة، وكذلك بالانفلات فلهذا تكون القسامة على الذي في يده الدابة.

قوله: **قِيلَ هٰذَا مَحْمُولٌ عَلَىٰ مَا إِذَا كَانَ بِحَيْثُ يَبْلُغُ أَهْلَهُ الصَّوْتُ**، أي القضاء علىٰ أقربِهما إنَّما يكون إذا كان القتيلُ بحيث يبلغ أهله الصوت، هكذا ذكر الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله تعالىٰ، ووادعة وأرجب قبيلتان من همدان.

قَالَ: (وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ فِي دَارِ إِنْسَانٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَيْهِ) لِأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِهِ (وَالدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ) لِأَنَّ نُصْرَتَهُ مِنْهُمْ وَقُوَّتَهُ بِهِمْ.

قَالَ: (وَلَا تَدْخُلُ السُّكَّانُ فِي القَسَامَةِ مَعَ المُلَّاكِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ هُوَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا) لِأَنَّ وِلَايَةَ التَّدْبِيرِ كَمَا تَكُونُ بِالْمِلْكِ تَكُونُ بِالسُّكْنَىٰ أَلَا تَرَىٰ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - جَعَلَ القَسَامَةَ وَالدِّيَةَ عَلَىٰ اليَهُودِ وَإِنْ كَانُوا سُكَّانًا بِخَيْبَرَ» . وَلَهُمَا أَنَّ المَالِكَ هُوَ المُخْتَصُّ بِنُصْرَةِ البُقْعَةِ دُونَ السُّكَّانِ لِأَنَّ سُكْنَىٰ المُلَّاكِ أَلْزَمُ وَقَرَارَهُمْ أَدْوَمُ فَكَانَتْ وِلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَيْهِمْ فَيَتَحَقَّقُ التَّقْصِيرُ مِنْهُمْ. وَأَمَّا أَهْلُ خَيْبَرَ فَالنَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَقَرَّهُمْ عَلَىٰ أَمْلَاكِهِمْ فَكَانَ يَأْخُذُ مِنْهُمْ

قوله: وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ فِي دَارِ إِنْسَانٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَيْهِ، لِأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِهِ، فصار صاحبُ الدار مع أهل المحلة بمنزلة أهل المحلة مع أهل المصر، فلمَّا لم يدخل أهل المصر مع أهل المحلة كذلك لا يدخل أهل المحلة مع صاحب الدار في القسامة، كذا في شرح الأقطع.

قوله: وَلَا تَدْخُلُ السُّكَّانُ فِي القَسَامَةِ مَعَ المُلَّاكِ، يعني إذا كان في المحلة سكان وملّاك.

قوله: وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، ذكر في الأسرار: بعد ما ذكر هذا الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ، فقال: قول محمد رحمه الله تعالىٰ مضطربٌ، وههنا اختار كونه مع أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

عَلَىٰ وَجْهِ الخَرَاجِ.

قَالَ: (وَهِيَ عَلَىٰ أَهْلِ الخُطَّةِ دُونَ المُشْتَرِينَ) وَهٰذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الكُلُّ مُشْتَرِكُونَ لِأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِتَرْكِ الحِفْظِ مِمَّنْ لَهُ وِلَايَةُ الحِفْظِ وَبِهٰذَا الطَّرِيقِ يُجْعَلُ جَانِبًا مُقَصِّرًا، وَالْوِلَايَةُ بِاعْتِبَارِ المِلْكِ وَقَدِ اسْتَوَوْا فِيهِ. وَلَهُمَا أَنَّ صَاحِبَ الخُطَّةِ هُوَ المُخْتَصُّ بِنُصْرَةِ البُقْعَةِ هُوَ المُتَعَارَفُ، وَلِأَنَّهُ أَصِيلٌ وَالْمُشْتَرِي دَخِيلٌ وَوِلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَىٰ الأَصِيلِ، وَقِيلَ: أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - بَنَىٰ ذٰلِكَ عَلَىٰ مَا شَاهَدَ بِالْكُوفَةِ. قَالَ: (وَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَكَذٰلِكَ) يَعْنِي مِنْ أَهْلِ الخُطَّةِ لِمَا بَيَّنَّا (وَإِنْ لَمْ يَبْقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِأَنْ بَاعُوا كُلُّهُمْ فَهُوَ عَلَىٰ المُشْتَرِينَ) لِأَنَّ الوِلَايَةَ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ أَوْ خَلَصَتْ لَهُمْ لِزَوَالِ

قوله: وَهِيَ عَلَىٰ أَهْلِ الخُطَّةِ، أي وجوب القسامة علىٰ أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونَها حين فتح الإمام البلدة وقسَّمها بين الغانمين بخط خط لتمييز أنصبائهم.

قوله: وَالْوِلَايَةُ بِاعْتِبَارِ المِلْكِ، أي ولاية الحفظ.

قوله: وَقِيلَ: أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ بَنَىٰ ذٰلِكَ عَلَىٰ مَا شَاهَدَ بِالْكُوفَةِ، أي بنىٰ علىٰ ما شاهد من عادة أهل الكو فة في زمانه أنَّ أصحاب الخطة في كل محلة يقومون بتدبير المحلة، ولا يشاركهم المشترون في ذلك.

قوله: لِأَنَّ الوِلَايَةَ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ، أي علىٰ قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله

مَنْ يَتَقَدَّمُهُمْ أَوْ يُزَاحِمُهُمْ.

(وَإِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي دَارٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَىٰ رَبِّ الدَّارِ وَعَلَىٰ قَوْمِهِ وَتَدْخُلُ العَاقِلَةُ فِي القَسَامَةِ إِنْ كَانُوا حُضُورًا، وَإِنْ كَانُوا غُيَّبًا فَالْقَسَامَةُ عَلَىٰ رَبِّ الدَّارِ يُكَرِّرُ عَلَيْهِ الأَيْمَانَ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا قَسَامَةَ عَلَىٰ العَاقِلَةِ؛ لِأَنَّ رَبَّ الدَّارِ أَخَصُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ فَلَا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ فِيهَا كَأَهْلِ المَحَلَّةِ لَا يُشَارِكُهُمْ فِيهَا عَوَاقِلُهُمْ. وَلَهُمَا أَنَّ الحُضُورَ لَزِمَتْهُمْ نُصْرَةُ البُقْعَةِ كَمَا تَلْزَمُ صَاحِبَ الدَّارِ فَيُشَارِكُونَهُ فِي القَسَامَةِ.

قَالَ: (وَإِنْ وُجِدَ القَتِيلُ فِي دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ نِصْفُهَا لِرَجُلٍ وَعُشْرُهَا لِرَجُلٍ وَلِآخَرَ مَا بَقِيَ فَهُوَ عَلَىٰ رُءُوسِ الرِّجَالِ) لِأَنَّ صَاحِبَ القَلِيلِ يُزَاحِمُ صَاحِبَ الكَثِيرِ فِي التَّدْبِيرِ فَكَانُوا سَوَاءً فِي الحِفْظِ وَالتَّقْصِيرِ فَيَكُونُ عَلَىٰ عَدَدِ الرُّءُوسِ بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ دَارًا وَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّىٰ وُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ فَهُوَ عَلَىٰ

تعالىٰ لزوال من يتقدَّمهم، أَوْ خَلَصَتْ لَهُمْ، أى علىٰ قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ لِمَا أنَّ الولاية عنده كانت لصاحب الخطة وللمشترين، فالآن خلصت للمشترين لزوال من يزاحمهم.

قوله: بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ، فإنَّها علىٰ عدد الرؤس لا على قدر الأنصباء عندنا.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَىٰ دَارًا وَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّىٰ وُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ، إلىٰ قوله: فَإِنْ كَانَ

عَاقِلَةِ البَائِعِ وَإِنْ كَانَ فِي البَيْعِ خِيَارٌ لِأَحَدِهِمَا فَهُوَ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الَّذِي فِي يَدِهِ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ خِيَارٌ فَهُوَ عَلَىٰ عَاقِلَةِ المُشْتَرِي وَإِنْ كَانَ فِيهِ خِيَارٌ فَهُوَ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الَّذِي تَصِيرُ لَهُ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَنْزَلَ قَاتِلًا بِاعْتِبَارِ التَّقْصِيرِ فِي الحِفْظِ وَلَا يَجِبُ إِلَّا عَلَىٰ مَنْ لَهُ وِلَايَةُ الحِفْظِ، وَالوِلَايَةُ تُسْتَفَادُ بِالْمِلْكِ وَلِهٰذَا كَانَتِ الدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَةِ صَاحِبِ الدَّارِ دُونَ المُودِعِ، وَالْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي قَبْلَ القَبْضِ فِي البَيْعِ البَاتِّ، وَفِي المَشْرُوطِ فِيهِ الخِيَارُ يُعْتَبَرُ قَرَارُ المِلْكِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ. وَلَهُ أَنَّ القُدْرَةَ عَلَىٰ الحِفْظِ بِالْيَدِ لَا بِالْمِلْكِ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ يَقْتَدِرُ عَلَىٰ الحِفْظِ بِالْيَدِ دُونَ المِلْكِ وَلَا يَقْتَدِرُ بِالْمِلْكِ دُونَ اليَدِ، وَفِي البَاتِّ اليَدُ لِلْبَائِعِ قَبْلَ القَبْضِ، وَكَذَا فِيمَا فِيهِ الخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا قَبْلَ القَبْضِ؛ لِأَنَّهُ دُونَ البَاتِّ، وَلَوْ كَانَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لَهُ فَهُوَ أَخَصُّ النَّاسِ بِهِ تَصَرُّفًا، وَلَوْ كَانَ الخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَهُوَ فِي يَدِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِالْقِيمَةِ كَالْمَغْصُوبِ فَتُعْتَبَرُ يَدُهُ إِذْ بِهَا يَقْدِرُ عَلَىٰ الحِفْظِ.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ دَارٌ فَوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ لَمْ تَعْقِلْهُ العَاقِلَةُ حَتَّىٰ

فِي البَيْعِ خِيَارٌ لِأَحَدِهِمَا فَهُوَ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الَّذِي فِي يَدِهِ، فالحاصلُ أنَّ أبا حنيفةَ رحمه الله تعالىٰ اعتبر اليد وهما اعتبرا الملكَ إن وجدَ، وإلا فيتوقَّفُ علىٰ قرار الملك.

قوله: وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ دَارٌ فَوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ لَمْ تَعْقِلْهُ العَاقِلَةُ حَتَّىٰ تَشْهَدَ

تَشْهَدَ الشُّهُودُ أَنَّهَا لِلَّذِي فِي يَدِهِ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ المِلْكِ لِصَاحِبِ اليَدِ حَتَّىٰ تَعْقِلَ العَوَاقِلُ عَنْهُ، وَالْيَدُ وَإِنْ كَانَتْ دَلِيلًا عَلَىٰ المِلْكِ لٰكِنَّهَا مُحْتَمِلَةٌ فَلَا تَكْفِي لِإِيجَابِ الدِّيَةِ عَلَىٰ العَاقِلَةِ كَمَا لَا تَكْفِي لِاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ بِهِ فِي الدَّارِ المَشْفُوعَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ.

قَالَ: (وَإِنْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي سَفِينَةٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَىٰ مَنْ فِيهَا مِنَ الرُّكَّابِ وَالْمَلَّاحِينَ) لِأَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمْ وَاللَّفْظُ يَشْمَلُ أَرْبَابَهَا حَتَّىٰ تَجِبُ عَلَىٰ الأَرْبَابِ الَّذِينَ فِيهَا وَعَلَىٰ السُّكَّانِ، وَكَذَا عَلَىٰ مَنْ يُمِدُّهَا وَالْمَالِكُ فِي ذٰلِكَ وَغَيْرُ المَالِكِ سَوَاءٌ، وَكَذَا العَجَلَةُ، وَهٰذَا عَلَىٰ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ. وَالْفَرْقُ لَهُمَا أَنَّ السَّفِينَةَ تُنْقَلُ وَتُحَوَّلُ فَيُعْتَبَرُ

الشُّهُودُ أَنَّهَا لِلَّذِي فِي يَدِهِ، يعني إذا أنكرت العاقلة أن تكون الدارُ له وقالوا هيَ وديعة في يده، وهذا لِمَا عُرف أنَّ الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق، وقد احتجنا إلى الاستحقاق ههنا فوجب إثباته بالبينة، كمن طلب شفعةً بالجوار في دارٍ بيعت فأنكرَ المشتري أن تكون الدار التي في يد الشفيع ملكًا له فإنه لا يستحقُّ الشفعةَ بيده عليها حتّىٰ يقيمَ البينة على الملك، ولا يلزمُ أنَّ أبا حنيفةَ رحمه الله تعالىٰ يعتبر اليدَ في استحقاق الدية كما ذكرنا آنفًا، لأنه يعتبر يد الملك لا مجرَّد اليدِ ولم يثبت ههنا يد الملك إلا بالبينة.

قوله: وَاللَّفْظُ يَشْمَلُ أَرْبَابَهَا، أي لفظ «مَنْ» فيها.

قوله: وَهٰذَا عَلَىٰ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ ظَاهِرٌ، أي لأنه يجعل السكان والمالك في القتيل الموجود في المحلة سواءً، فكذا في القتيل الموجود في السفينة، وأمَّا عندهما ففي المحلة السكان لا يشاركون الملاك، لأنَّ التدبيرَ في المحلة إلى الملاك

فِيهَا اليَدُ دُونَ المِلْكِ كَمَا فِي الدَّابَّةِ، بِخِلَافِ المَحَلَّةِ وَالدَّارِ لِأَنَّهَا لَا تُنْقَلُ.

قَالَ: (وَإِنْ وُجِدَ فِي مَسْجِدِ مَحَلَّةٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَىٰ أَهْلِهَا) لِأَنَّ التَّدْبِيرَ فِيهِ إِلَيْهِمْ (وَإِنْ وُجِدَ فِي المَسْجِدِ الجَامِعِ أَوِ الشَّارِعِ الأَعْظَمِ فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ وَالدِّيَةُ عَلَىٰ بَيْتِ المَالِ) لِأَنَّهُ لِلْعَامَّةِ لَا يَخْتَصُّ بِهِ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، وَكَذٰلِكَ الجُسُورُ العَامَّةُ وَمَالُ بَيْتِ المَالِ مَالُ عَامَّةِ المُسْلِمِينَ. (وَلَوْ وُجِدَ فِي السُّوقِ إِنْ كَانَ مَمْلُوكًا فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ تَجِبُ عَلَىٰ

دون السكان، وفي السفينة أنَّهم في تدبيرها سواءٌ إذا حدثهم أمرٌ، وهذا لأنَّ السفينة تنتقل فيكون المعتبَرُ فيها اليد دون الملك فإنَّها مركب كالدابة، فكما أنَّ المعتبر في القتيل الموجود على الدابة هو اليد دون الملك فكذا في القتيل الموجود في السفينة، وهم في اليد عليها سواءٌ، بخلاف المحلة والدار لأنَّها لا تنتقلُ، وذكر شيخ الإسلام: قال بعض المشايخ: إنَّما يجبُ على الركاب إذا لم يكن للسفينة مالكٌ معروفٌ، فإن كان فالقسامة عليه، ومثل هذا التفصيل مرَّ في الدابة.

قوله: وَإِنْ وُجِدَ فِي المَسْجِدِ الجَامِعِ أَوِ الشَّارِعِ الأَعْظَمِ فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ، لأنَّ المقصودَ بالقسامة نفي تُهمة القتل، وذلك لا يتحقَّقُ في جماعة المسلمين، والدية علىٰ بيت المال لأنه للعامة، وفي المغرب: الشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس عامة على الإسناد المجازي، أو هو من قولهم: شرع الطريق أي تبيَّن.

قوله: وَلَوْ وُجِدَ فِي السُّوقِ، إنَّما أرادَ به أن يكون نائبًا عن المحال، أمَّا الأسواق التي تكون في المحال فهيَ محفوظةٌ بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية علىٰ أهل

السُّكَّانِ وَعِنْدَهُمَا عَلَىٰ المَالِكِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَمْلُوكًا كَالشَّوَارِعِ العَامَّةِ الَّتِي بُنِيَتْ فِيهَا فَعَلَىٰ بَيْتِ المَالِ) لِأَنَّهُ لِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ (وَلَوْ وُجِدَ فِي السَّجْنِ فَالدِّيَةُ عَلَىٰ بَيْتِ المَالِ، وَعَلَىٰ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الدِّيَةُ وَالْقَسَامَةُ عَلَىٰ أَهْلِ السَّجْنِ) لِأَنَّهُمْ سُكَّانٌ وَوِلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَيْهِمْ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ القَتْلَ حَصَلَ مِنْهُمْ، وَهُمَا يَقُولَانِ: إِنَّ أَهْلَ السَّجْنِ مَقْهُورُونَ فَلَا يَتَنَاصَرُونَ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِمْ مَا يَجِبُ لِأَجْلِ النُّصْرَةِ، وَلِأَنَّهُ بُنِيَ لِاسْتِيفَاءِ حُقُوقِ المُسْلِمِينَ، فَإِذَا كَانَ غُنْمُهُ يَعُودُ إِلَيْهِمْ فَغُرْمُهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ. قَالُوا: وَهٰذِهِ فُرَيْعَةُ المَالِكِ وَالسَّاكِنِ وَهِيَ مُخْتَلَفٌ فِيهَا بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

قَالَ: (وَإِنْ وُجِدَ فِي بَرِيَّةٍ لَيْسَ بِقُرْبِهَا عِمَارَةٌ فَهُوَ هَدَرٌ) وَتَفْسِيرُ القُرْبِ مَا ذَكَرْنَا مِنِ اسْتِمَاعِ الصَّوْتِ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِهٰذِهِ الحَالَةِ لَا يَلْحَقُهُ الغَوْثُ مِنْ غَيْرِهِ فَلَا يُوصَفُ أَحَدٌ بِالتَّقْصِيرِ، وَهٰذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ مَمْلُوكَةً

المحلة، وكذا في السوق النائي إذا كان فيها من يسكنها في الليالي، أو كان لأحدٍ فيها دارٌ مملوكةٌ تكون القسامة والدية عليه لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجبُ موجب التقصير عليه، كذا في مبسوط فخر الإسلام، وفي المنتقىٰ: إذا وجد القتيل في صفٍّ من السوق فإن كان أهل ذلك يبيتون في حوانيتهم فدية القتل عليهم، وإن كانوا لا يبيتون في حوانيتهم فالديةُ على الذين لهم تلك الحوانيت.

قوله: فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِمْ مَا يَجِبُ لِأَجْلِ النُّصْرَةِ، أي لأجل ترك النصرة.

لِأَحَدٍ. أَمَّا إِذَا كَانَتْ فَالدِّيَةُ وَالْقَسَامَةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ (وَإِنْ وُجِدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ كَانَ عَلَىٰ أَقْرَبِهِمَا) وَقَدْ بَيَّنَّاهُ. (وَإِنْ وُجِدَ فِي وَسَطِ الْفُرَاتِ يَمُرُّ بِهِ المَاءُ فَهُوَ هَدَرٌ) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِ أَحَدٍ وَلَا فِي مِلْكِهِ (وَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا بِالشَّاطِئِ فَهُوَ عَلَىٰ أَقْرَبِ القُرَىٰ مِنْ ذٰلِكَ المَكَانِ) عَلَىٰ التَّفْسِيرِ الَّذِي تَقَدَّمَ لِأَنَّهُ اخْتَصَّ بِنُصْرَةِ هٰذَا المَوْضِعِ فَهُوَ كَالْمَوْضُوعِ

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّاهُ، أي في مسئلة: وإن مرَّت دابةٌ بين قريتين وعليها قتيلٌ.

قوله: وَإِنْ وُجِدَ فِي وَسَطِ الفُرَاتِ، ذكر الفرات ليس بقيدٍ، وفي المبسوط: إذا وجد القتيل في نَهْرٍ عظيمٍ يجري فيه الماء فلا شيءَ فيه، وكذلك ذكر الوسط، وذكر شيخ الإسلام في مبسوطه: هذا إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الشرك، لأنه إذا كان كذلك فلعلَّ هذا قتيل دار الشرك، وأمَّا إذا كان موضع انبعاث الماء دار الإسلام تجبُ الدية في بيت المال، لأنَّ موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواءٌ كان القتيل في مكان الانبعاث أو مكانٍ آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين، فتجبُ الدية في بيت المال، وفي الذخيرة أيضًا مثل هذا.

قوله: وَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا بِالشَّاطِئِ فَهُوَ عَلَىٰ أَقْرَبِ القُرَىٰ مِنْ ذٰلِكَ المَكَانِ، عَلَى التَّفْسِيرِ الَّذِي تَقَدَّمَ، أراد به قوله: هذا محمولٌ علىٰ ما إذا كان يبلغ أهله الصوت، وفي المبسوط: وإن كان إلىٰ جانب الشطِّ محتبسًا فهو علىٰ أقرب القرىٰ إليه، ثمَّ قال: وهذا إذا كانوا بالقرب من ذلك الموضع، بحيث يسمعون صوت من وقف علىٰ ذلك الموضع ونادىٰ بأعلىٰ صوته، وإن كانوا لا يسمعون ذلك لا شيءَ عليهم فيه، هكذا فسَّره الكرخي رحمه الله تعالىٰ، وفي الذخيرة: وأمَّا إذا كان بحيث لا يسمع منه الصوت لا يجبُ عليهم شيءٌ، وإنَّما يجبُ في بيت المال لأنه تحتَ يد عامة المسلمين.

عَلَىٰ الشَّطِّ وَالشَّطُّ فِي يَدِ مَنْ هُوَ أَقْرَبُ مِنْهُ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُمْ يَسْتَقُونَ مِنْهُ المَاءَ وَيُورِدُونَ بَهَائِمَهُمْ فِيهَا، بِخِلَافِ النَّهْرِ الَّذِي يَسْتَحِقُّ بِهِ الشُّفْعَةَ لِاخْتِصَاصِ أَهْلِهَا بِهِ لِقِيَامِ يَدِهِمْ عَلَيْهِ فَتَكُونُ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَيْهِمْ.

قَالَ: (وَإِنِ ادَّعَىٰ الوَلِيُّ عَلَىٰ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ المَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ لَمْ تَسْقُطِ القَسَامَةُ عَنْهُمْ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ وَذَكَرْنَا فِيهِ القِيَاسَ وَالِاسْتِحْسَانَ.

قَالَ: (وَإِنِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ سَقَطَتْ عَنْهُمْ) وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، وَوَجْهُ الفَرْقِ هُوَ أَنَّ وُجُوبَ القَسَامَةِ عَلَيْهِمْ دَلِيلٌ عَلَىٰ أَنَّ القَاتِلَ مِنْهُمْ فَتَعْيِينُهُ وَاحِدًا مِنْهُمْ لَا يُنَافِي ابْتِدَاءَ الأَمْرِ لِأَنَّهُ مِنْهُمْ بِخِلَافِ

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ وَذَكَرْنَا فِيهِ القِيَاسَ وَالِاسْتِحْسَانَ، هذا هو الموضعُ الذي وَعَدَ بيانه فيه بقوله: وسنذكره من بعد إن شاء الله تعالىٰ، وههنا قال: وقد ذكرناه، فلعله رحمه الله تعالىٰ توهَّم أنه ذكره، وقيل: في بعض النسخ ذكره، ثمَّ فعلىٰ هذا يستقيمُ قوله: وقد ذكرناه.

قوله: وَإِنِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ سَقَطَتْ عَنْهُمْ، أي سقط القسامةُ والديةُ، ويحلف المدَّعىٰ عليه يمينًا واحدًا، كذا في الذخيرة.

قوله: فَتَعْيِينُهُ وَاحِدًا مِنْهُمْ لَا يُنَافِي ابْتِدَاءَ الأَمْرِ، فإنَّ الشارع أَوْجَب القسامة ابتداءً على المحلة فتعيينه واحدًا منهم لا ينافي ما شرعه ابتداءً، وفي المبسوط: وإن ادَّعىٰ أهل القتيل علىٰ بعض أهل المحلة الذين وجد القتيل بين أظهرهم فقالوا: قتله فلان عمدًا أو خطأً، لم يبطل بِهذا حقُّه، وفيه القسامة والدية لأنَّهم ذكروا ما كان معلومًا لنا بطريق الظاهر، وإنَّ القاتلَ واحدٌ من أهل المحلة لكنا لا نعلمُ ذلك حقيقةً، وبدعوى الوليِّ علىٰ

مَا إِذَا عَيَّنَ مِنْ غَيْرِهِمْ لِأَنَّ ذٰلِكَ بَيَانُ أَنَّ القَاتِلَ لَيْسَ مِنْهُمْ، وَهُمْ إِنَّمَا يَغْرَمُونَ إِذَا كَانَ القَاتِلُ مِنْهُمْ لِكَوْنِهِمْ قَتَلَةً تَقْدِيرًا حَيْثُ لَمْ يَأْخُذُوا عَلَىٰ يَدِ الظَّالِمِ، وَلِأَنَّ أَهْلَ المَحَلَّةِ لَا يَقُومُونَ بِمُجَرَّدِ ظُهُورِ القَتِيلِ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ إِلَّا بِدَعْوَىٰ الوَلِيِّ، فَإِذَا ادَّعَىٰ القَتْلَ عَلَىٰ غَيْرِهِمِ امْتَنَعَ دَعْوَاهُ عَلَيْهِمْ وَسَقَطَ لِفَقْدِ شَرْطِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا التَقَىٰ قَوْمٌ بِالسُّيُوفِ فَأَجْلَوْا عَنْ قَتِيلٍ فَهُوَ عَلَىٰ أَهْلِ المَحَلَّةِ) لِأَنَّ القَتِيلَ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ وَالْحِفْظُ عَلَيْهِمْ (إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الأَوْلِيَاءُ عَلَىٰ أُولٰئِكَ أَوْ عَلَىٰ رَجُلٍ مِنْهُمْ بِعَيْنِهِ فَلَمْ يَكُنْ عَلَىٰ أَهْلِ المَحَلَّةِ شَيْءٌ) لِأَنَّ هٰذِهِ الدَّعْوَىٰ تَضَمَّنَتْ بَرَاءَةَ أَهْلِ المَحَلَّةِ عَنِ القَسَامَةِ.

واحد منهم بعينه لا يصيرُ معلومًا لنا حقيقةً أنه هو القاتل، فإذا لم يستفد بِهذه الدعوىٰ شيئًا لا يتغيَّرُ الحكم به فبقيت القسامة والديةُ علىٰ أهل المحلة، وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ أنه تسقط القسامة عن أهل المحلة، لأنَّ دعوى الوليِّ علىٰ واحدٍ منهم بعينه يكون إبراءً لأهل المحلة عن القسامة، فإنَّ القسامة في قتيل لا يُعرف قاتله، فإذا زعم الوليُّ أنه يعرف القاتلَ منهم بعينه صار مبْرئًا لهم عن القسامة، وذلك صحيحٌ منه، وإذا ادَّعى القتيلُ علىٰ غيرهم امتنعَ دعواه عليهم للتناقض، لأنَّه لمَّا ادَّعىٰ علىٰ أهل المحلة فقد أبرأ المحلة من ذلك، حتَّىٰ لا تسمع دعواه بعد ذلك علىٰ أهل المحلة للتناقض، كذا في المبسوط.

قوله: وَإِذَا التَقَىٰ قَوْمٌ بِالسُّيُوفِ فَأَجْلَوْا عَنْ قَتِيلٍ، قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ في كشف الغوامض: وهذا إذا كان الفريقان متأولين اقتتلوا غضبةً، فإن كانوا

قَالَ: (وَلَا عَلَىٰ أُولَـٰئِكَ حَتَّىٰ يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ) لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَىٰ لَا يَثْبُتُ الحَقُّ لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ، أَمَّا يَسْقُطُ بِهِ الحَقُّ عَنْ أَهْلِ المَحَلَّةِ لِأَنَّ قَوْلَهُ حُجَّةٌ عَلَىٰ نَفْسِهِ. (وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مُعَسْكَرٍ أَقَامُوهُ بِفَلَاةٍ مِنَ الأَرْضِ لَا مِلْكَ لِأَحَدٍ فِيهَا، فَإِنْ وُجِدَ فِي خِبَاءٍ أَوْ فُسْطَاطٍ فَعَلَىٰ مَنْ يَسْكُنُهَا الدِّيَةُ وَالْقَسَامَةُ، وَإِنْ كَانَ خَارِجًا مِنَ الفُسْطَاطِ فَعَلَىٰ أَقْرَبِ الأَخْبِيَةِ) اعْتِبَارًا لِلْيَدِ عِنْدَ انْعِدَامِ المِلْكِ (وَإِنْ كَانَ القَوْمُ لَقُوا قِتَالًا وَوُجِدَ قَتِيلٌ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ العَدُوَّ قَتَلَهُ فَكَانَ هَدَرًا، وَإِنْ لَمْ يَلْقَوْا عَدُوًّا فَعَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ (وَإِنْ

مشركين أو خوارجَ فلا شيءَ فيه، ويجعل ذلك من إصابة العدوِّ.

قوله: لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ، أي في أوائل باب القسامة، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لو أعطي الناس بدعواهم لادَّعىٰ قومٌ دماء قومٍ وأموالهم، لكن البينةُ على المدَّعي واليمين علىٰ من أنكر».

قوله: لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ العَدُوَّ قَتَلَهُ، ولهذا كان شهيدًا، إذ الظَّاهرُ أنَّ الإنسان بعد الالتقاء إنَّما يقتلُ من يعاديه لا من يؤازره، وإنَّما أوْجَبنا القسامةَ والديةَ على المحلة باعتبار نوعٍ من الظاهر، وقد عدم هٰهنا، بخلاف ما إذا اقتتل الفريقان من المسلمين غضبةً، كالكلابادي والدَّرْوَازكي ببخارا، إذ ليسَ في إضافة القتل إلى العدوِّ حملُ أمر المسلمين على الصلاح، إذ الفريقان مسلمان فبقي حال القتيل مشكلًا فتجبُ القسامة والديةُ علىٰ أهل المكان، كذا في المبسوط.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَلْقَوْا عَدُوًّا فَعَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، يعني إذا لم يقاتلوا عدوًّا فإن وجدَ

كَانَ لِلْأَرْضِ مَالِكٌ فَالْعَسْكَرُ كَالسُّكَّانِ فَيَجِبُ عَلَىٰ المَالِكِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ المُسْتَحْلَفُ قَتَلَهُ فُلَانٌ اُسْتُحْلِفَ بِاللهِ مَا قَتَلْتُ وَلَا عَرَفْتُ لَهُ قَاتِلًا غَيْرَ فُلَانٍ) لِأَنَّهُ يُرِيدُ إِسْقَاطَ الخُصُومَةِ عَنْ نَفْسِهِ بِقَوْلِهِ فَلَا يُقْبَلُ فَيَحْلِفُ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ بِالْقَتْلِ عَلَىٰ وَاحِدٍ صَارَ مُسْتَثْنًىٰ عَنِ اليَمِينِ فَبَقِيَ حُكْمُ مَنْ سِوَاهُ فَيَحْلِفُ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ اثْنَانِ مِنْ أَهْلِ المَحَلَّةِ عَلَىٰ رَجُلٍ مِنْ غَيْرِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا) وَهٰكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: تُقْبَلُ لِأَنَّهُمْ كَانُوا بِعَرْضِيَّةِ أَنْ يَصِيرُوا خُصَمَاءَ وَقَدْ بَطَلَتِ العَرَضِيَّةُ بِدَعْوَىٰ الوَلِيِّ القَتْلَ عَلَىٰ غَيْرِهِمْ فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ كَالْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ إِذَا عُزِلَ قَبْلَ الخُصُومَةِ. وَلَهُ أَنَّهُمْ خُصَمَاءُ بِإِنْزَالِهِمْ قَاتِلِينَ لِلتَّقْصِيرِ الصَّادِرِ مِنْهُمْ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ وَإِنْ خَرَجُوا مِنْ جُمْلَةِ الخُصُومِ كَالْوَصِيِّ إِذَا خَرَجَ مِنَ الوِصَايَةِ بَعْدَمَا قَبِلَهَا ثُمَّ شَهِدَ.

في خباءٍ أو فسطاطٍ فعلىٰ من يسكنها، وإن كان خارجًا فعلىٰ أقرب الأخبية، لأنَّ ذلك الموضع في يد أقرب أهل الأخبية، هذا إذا نزلوا متفرِّقين، أمَّا إذا نزلوا مختلطين فإنَّ الديةَ والقسامةَ عليهم، كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: كَالْوَصِيِّ إِذَا خَرَجَ مِنَ الوِصَايَةِ، بأن بلغ الغلام أو عزله القاضي.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَعَلَىٰ هٰذَيْنِ الأَصْلَيْنِ يَتَخَرَّجُ كَثِيرٌ مِنَ المَسَائِلِ مِنْ هٰذَا الجِنْسِ.

قَالَ: (وَلَوِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ المَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ فَشَهِدَ شَاهِدَانِ مِنْ أَهْلِهَا عَلَيْهِ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ) لِأَنَّ الخُصُومَةَ قَائِمَةٌ مَعَ الكُلِّ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ وَالشَّاهِدُ يَقْطَعُهَا عَنْ نَفْسِهِ فَكَانَ مُتَّهَمًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الشُّهُودَ يَحْلِفُونَ بِاللهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلَا يَزْدَادُونَ عَلَىٰ ذٰلِكَ لِأَنَّهُمْ أَخْبَرُوا أَنَّهُمْ عَرَفُوا القَاتِلَ.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَيْنِ الأَصْلَيْنِ يَتَخَرَّجُ كَثِيرٌ مِنَ المَسَائِلِ، الأصلان مجمعٌ عليهما، إنَّما الخلافُ في أنَّ أهل المحلة ما حكمهم؟ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ هم خصماء، وعندهما كانوا بعرضة أن يصيروا خصماء، فلهذا لم تقبل شهادتَهم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ وقبلت عندهما، وممَّا يتخرَّج على الأصلين مسئلة الشفيعين إذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة تقبل لأنَّهما ما صارا خصمين بل صارا بعرضة ذلك، ولا تقبل شهادتَهما بعد الطلب لصيرورتِهما خصمين، ولا تقبلُ شهادة البائع للمشتري على الشفيع بتسليم الشفعة وإن سَلَّمَ الدارَ إلى المشتري لأنه صارَ خصمًا للشفيع بنفس البيع فإنه وجبَ عليه التسليمُ إلى الشفيع متىٰ طلبَ منه، كما وجبَ التسليم إلى المشتري والموصىٰ له بالثلث إذا شهد بموت الموصي بحال وقوع الإشكال في موته، وقد ردَّ وصيته قبلت الشهادة.

قوله: لِأَنَّ الخُصُومَةَ قَائِمَةٌ مَعَ الكُلِّ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، إشارةٌ إلىٰ ما ذكر من الفرق وهو أنَّ وجوب القسامة عليهم دليلٌ علىٰ أنَّ القاتلَ منهم، إلىٰ آخره.

قَالَ: (وَمَنْ جُرِحَ فِي قَبِيلَةٍ فَنُقِلَ إِلَىٰ أَهْلِهِ فَمَاتَ مِنْ تِلْكَ الجِرَاحَةِ، فَإِنْ كَانَ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّىٰ مَاتَ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَىٰ القَبِيلَةِ، وَهٰذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ) لِأَنَّ الَّذِي حَصَلَ فِي القَبِيلَةِ وَالْمَحَلَّةِ مَا دُونَ النَّفْسِ وَلَا قَسَامَةَ فِيهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ صَاحِبَ فِرَاشٍ. وَلَهُ أَنَّ الجُرْحَ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ المَوْتُ صَارَ قَتْلًا وَلِهٰذَا وَجَبَ القِصَاصُ، فَإِنْ كَانَ صَاحِبَ فِرَاشٍ أُضِيفَ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ المَوْتُ مِنْ غَيْرِ الجُرْحِ فَلَا يَلْزَمُ بِالشَّكِّ. (وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا مَعَهُ جَرِيحٌ بِهِ رَمَقٌ حَمَلَهُ إِنْسَانٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ فَمَكَثَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ ثُمَّ مَاتَ لَمْ يَضْمَنِ الَّذِي حَمَلَهُ إِلَىٰ أَهْلِهِ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَضْمَنُ) لِأَنَّ يَدَهُ بِمَنْزِلَةِ المَحَلَّةِ فَوُجُودُهُ جَرِيحًا فِي يَدِهِ كَوُجُودِهِ فِيهَا، وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَيِ القَوْلَيْنِ فِيمَا قَبْلَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ القَبِيلَةِ.

قوله: وَمَنْ جُرِحَ فِي قَبِيلَةٍ، أي ولم يعلم الجارح.

قوله: فَإِنْ كَانَ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّىٰ مَاتَ، أي لو صار المجروحُ صاحب فراش حين جَرِحَ في تلك القبيلة، ثمَّ نقل إلىٰ أهله فماتَ، وإنَّما قيَّد به لأنه لو كان صحيحًا يجيءُ ويذهبُ حين جرح ثمَّ مات في أهله فلا شيءَ فيه، كذا في المبسوط.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَيِ القَوْلَيْنِ فِيمَا قَبْلَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ القَبِيلَةِ، وهو من جُرِح في قبيلةٍ، وفي المبسوط بعد ما ذكر مسئلة القبيلة: وعلىٰ هذا التخريج إذا وجد علىٰ ظهر

(وَلَوْ وُجِدَ رَجُلٌ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ فَدِيَتُهُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ لِوَرَثَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَزُفَرُ لَا شَيْءَ فِيهِ) لِأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِهِ حِينَ وُجِدَ الجَرِيحُ فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَيَكُونُ هَدَرًا. وَلَهُ أَنَّ القَسَامَةَ إِنَّمَا تَجِبُ بِنَاءً عَلَىٰ ظُهُورِ القَتْلِ، وَلِهٰذَا لَا يَدْخُلُ فِي الدِّيَةِ مَنْ مَاتَ قَبْلَ ذٰلِكَ، وَحَالَ ظُهُورِ القَتْلِ الدَّارُ لِلْوَرَثَةِ فَتَجِبُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِمْ، بِخِلَافِ المُكَاتَبِ إِذَا وُجِدَ قَتِيلًا فِي دَارِ

إنسانٍ يحمله إلىٰ بيته فماتَ بعد يوم أو يومين، فإن كان صاحبَ فراشٍ حتى ماتَ فهو على الذي يحمله، كما لو مات علىٰ ظهره، وإن كان يذهبُ ويجيءُ فلا شيءَ علىٰ من حمله، وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ لا شيءَ عليه في الوجهين.

قوله: وَلَوْ وُجِدَ رَجُلٌ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ فَدِيَتُهُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ لِوَرَثَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، وإنَّما قال الدية علىٰ عاقلته بناءً على الظاهر وهو أنَّ عاقلة الوارث والمورث متحدة، وإن كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي علىٰ قياس هذه الطريقة وهيَ أنَّ الدار مملوكة للورثة لا للميِّت أن تكون الدية علىٰ عاقلة الورثة وهيَ الأصحُّ، وعلىٰ قياس طريقة إن غيره لو وجد قتيلًا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب أن تكون الدية علىٰ عاقلة القتيل، كذا في المبسوط.

قوله: مَنْ مَاتَ قَبْلَ ذٰلِكَ، أي قبل ظهور القتل.

قوله: فَتَجِبُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِمْ، أي علىٰ عاقلة الورثة. فإن قيل: إذا قلتم أنَّ الدية تجبُ علىٰ عاقلة الورثة فكيفَ يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم؟ قلنا: إنَّ الديةَ تجبُ للمقتول حتى تقضىٰ منه ديونه وتنفذ وصاياه ثمَّ يخلفه الوارث فيه، وهو نظير الصبيِّ والمعتوه إذا

نَفْسِهِ لِأَنَّ حَالَ ظُهُورِ قَتْلِهِ بَقِيَتِ الدَّارُ عَلَىٰ حُكْمِ مِلْكِهِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَيُهْدَرُ دَمُهُ.

(وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ كَانَا فِي بَيْتٍ وَلَيْسَ مَعَهُمَا ثَالِثٌ فَوُجِدَ أَحَدُهُمَا مَذْبُوحًا، قَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَضْمَنُ الآخَرُ الدِّيَةَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَضْمَنُهُ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَكَانَ التَّوَهُّمُ. وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَتَلَهُ الآخَرُ فَلَا يَضْمَنُهُ بِالشَّكِّ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الإِنْسَانَ لَا يَقْتُلُ نَفْسَهُ فَكَانَ التَّوَهُّمُ سَاقِطًا كَمَا إِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مَحَلَّةٍ. (وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي قَرْيَةٍ لِامْرَأَةٍ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عَلَيْهَا القَسَامَةُ تُكَرَّرُ عَلَيْهَا الأَيْمَانُ، وَالدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهَا أَقْرَبُ القَبَائِلِ إِلَيْهَا فِي النَّسَبِ.

قتلَ أباه تجب الدية علىٰ عاقلته ويكون ميراثًا له، وهذا بخلاف المكاتب يوجد قتيلًا في دار نفسه لأنَّ هناكَ إذا وجد غيره قتيلًا إنَّما هو يجعل كالقاتل له، لقيام ملكه في الدار حين وجد القتيل، وذلك غير موجودٍ فيما إذا وجدَ هو قتيلٌ فيه فإنَّ الملكَ منتقلٌ إلى الورثة وملك المكاتب باقٍ لبقاء عقد الكتابة فلهذا افترَقا.

قوله: وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ كَانَا فِي بَيْتٍ وَلَيْسَ مَعَهُمَا ثَالِثٌ، إذ لو كان ثالثٌ يقع الشكُّ في القاتل فلا يتعين واحد منهما.

قوله: كَمَا إِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مَحَلَّةٍ، أي كان توهم قتل نفسه ساقطًا هناك، فكذا هنا.

قوله: وَالدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهَا أَقْرَبُ القَبَائِلِ إِلَيْهَا فِي النَّسَبِ، لأنَّها لا تقوم بها النصرة فلا تكون من أهل الديوان.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عَلَىٰ العَاقِلَةِ أَيْضًا) لِأَنَّ القَسَامَةَ إِنَّمَا تَجِبُ عَلَىٰ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ النُّصْرَةِ وَالْمَرْأَةُ لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِهَا فَأَشْبَهَتِ الصَّبِيَّ. وَلَهُمَا أَنَّ القَسَامَةَ لِنَفْيِ التُّهْمَةِ وَتُهْمَةُ القَتْلِ مِنَ المَرْأَةِ مُتَحَقِّقَةٌ. قَالَ المُتَأَخِّرُونَ: إِنَّ المَرْأَةَ تَدْخُلُ مَعَ العَاقِلَةِ فِي التَّحَمُّلِ فِي هٰذِهِ المَسْأَلَةِ لِأَنَّا أَنْزَلْنَاهَا قَاتِلَةً وَالْقَاتِلُ يُشَارِكُ العَاقِلَةَ. (وَلَوْ وُجِدَ رَجُلٌ قَتِيلًا فِي أَرْضِ رَجُلٍ إِلَىٰ جَانِبِ قَرْيَةٍ لَيْسَ صَاحِبُ الأَرْضِ مِنْ أَهْلِهَا، قَالَ: هُوَ عَلَىٰ صَاحِبِ الأَرْضِ) لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِنُصْرَةِ أَرْضِهِ مِنْ أَهْلِ القَرْيَةِ.

قوله: قَالَ المُتَأَخِّرُونَ: إِنَّ المَرْأَةَ تَدْخُلُ مَعَ العَاقِلَةِ فِي التَّحَمُّلِ فِي هٰذِهِ المَسْأَلَةِ، وإنَّما قيَّد بقوله: فِي هٰذِهِ المَسْأَلَةِ، لأنَّ المرأة لا تدخل في العواقل في تحمل الدية في صورة من الصور علىٰ ما يجيء في المعاقل، وتدخل في هذه المسئلة لأنَّا جعلناها قاتلةً فالقاتلةُ تشارك العاقلةَ لأنَّها لمَّا وجبَ علىٰ غير المباشر فعلى المباشر أن يجب جزءٌ منها أوْلىٰ، وموضوعُ المسئلة فيما إذا وجد القتيلُ في دار امرأةٍ في مصرٍ ليسَ فيه من عشيرتِها أحدٌ، أمَّا إذا كانت عشيرتُها حضورًا تدخل معها في القسامة، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

كِتَابُ المَعَاقِلِ

الْمَعَاقِلُ جَمْعُ مَعْقُلَةٍ، وَهِيَ الدِّيَةُ، وَتُسَمَّىٰ الدِّيَةُ عَقْلًا لِأَنَّهَا تَعْقِلُ الدِّمَاءَ مِنْ أَنْ تُسْفَكَ: أَيْ تُمْسِكُ.

قَالَ: (وَالدِّيَةُ فِي شِبْهِ العَمْدِ وَالْخَطَإِ، وَكُلُّ دِيَةٍ تَجِبُ بِنَفْسِ القَتْلِ عَلَىٰ العَاقِلَةِ، وَالْعَاقِلَةُ الَّذِينَ يَعْقِلُونَ) يَعْنِي يُؤَدُّونَ العَقْلَ وَهُوَ الدِّيَةُ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الدِّيَاتِ. وَالْأَصْلُ فِي وُجُوبِهَا عَلَىٰ العَاقِلَةِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي حَدِيثِ حَمَلِ بْنِ مَالِكٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - لِلْأَوْلِيَاءِ «قُومُوا فَدُوهُ» وَلِأَنَّ النَّفْسَ مُحْتَرَمَةٌ لَا وَجْهَ إِلَىٰ الإِهْدَارِ

كتاب المعاقل

قوله: وَكُلُّ دِيَةٍ تَجِبُ بِنَفْسِ القَتْلِ، احترازٌ عمَّا وجبت بالصلح والاعتراف.

قوله: فِي حَدِيثِ حَمَلِ بْنِ مَالِكٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، حَمَل ههنا اسم ولد الصابية، سُمِّي به وكان ضرَّتان فضربت إحداهما الأخرىٰ بمسطح خيمةٍ فألقت جنينًا ميِّتًا، قال النبي عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة: «قوموا فدوه» فقال أخوها عمران بن عويم الأسلميّ: أنديَ من لا صاحَ ولا استهلَّ ولا شربَ ولا أكلَ، ومثل دمه بطل، فقال عليه الصلاة والسلام: «اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه».

وَالْخَاطِئُ مَعْذُورٌ، وَكَذَا الَّذِي تَوَلَّىٰ شِبْهَ العَمْدِ نَظَرًا إِلَىٰ الآلَةِ فَلَا وَجْهَ إِلَىٰ إِيجَابِ العُقُوبَةِ عَلَيْهِ، وَفِي إِيجَابِ مَالٍ عَظِيمٍ إِجْحَافُهُ وَاسْتِئْصَالُهُ فَيَصِيرُ عُقُوبَةً فَضَمَّ إِلَيْهِ العَاقِلَةَ تَحْقِيقًا لِلتَّخْفِيفِ. وَإِنَّمَا خُصُّوا بِالضَّمِّ لِأَنَّهُ إِنَّمَا قَصَرَ لِقُوَّةٍ فِيهِ وَتِلْكَ بِأَنْصَارِهِ وَهُمُ العَاقِلَةُ فَكَانُوا هُمُ المُقَصِّرِينَ فِي تَرْكِهِمْ مُرَاقَبَتِهِ فَخُصُّوا بِهِ.

قَالَ: (وَالْعَاقِلَةُ أَهْلُ الدِّيوَانِ إِنْ كَانَ القَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ يُؤْخَذُ مِنْ عَطَايَاهُمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ) وَأَهْلُ الدِّيوَانِ أَهْلُ الرَّايَاتِ وَهُمُ الجَيْشُ الَّذِينَ كُتِبَتْ أَسَامِيهِمْ فِي الدِّيوَانِ وَهٰذَا عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الدِّيَةُ عَلَىٰ أَهْلِ العَشِيرَةِ لِأَنَّهُ كَانَ كَذٰلِكَ عَلَىٰ عَهْدِ رَسُولِ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَلَا نَسْخَ بَعْدَهُ وَلِأَنَّهُ صِلَةٌ وَالْأَوْلَىٰ بِهَا الأَقَارِبُ. وَلَنَا قَضِيَّةُ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فَإِنَّهُ لَمَّا دَوَّنَ الدَّوَاوِينَ جَعَلَ العَقْلَ عَلَىٰ أَهْلِ الدِّيوَانِ، وَكَانَ ذٰلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -

قوله: لِأَنَّهُ إِنَّمَا قَصَرَ لِقُوَّةٍ فِيهِ وَتِلْكَ بِأَنْصَارِهِ، لأنَّ مثل هذا الفعل لا يكون إلَّا بضرب استهانةٍ وقلَّة مبالاةٍ وتقصيرٍ في التحرُّز، وذا إنَّما يكون بقوَّةٍ يجدها المرءُ في نفسه بكثرة أعوانه وأنصاره، وإنَّما تنصره عاقلته فخصوا به.

قوله: دَوَّنَ الدَّوَاوِينَ، أي رتَّب الجرائدَ للولاة والقضاة، فقال: فلانٌ من أهل الديوان، ممَّن أثبت اسمه في الجريدة، والديوان: الجريدة من دوَّن الكتب إذا جمعها، لأنَّها قطع من القراطيس مجموعةً.

مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ مِنْهُمْ، وَلَيْسَ ذٰلِكَ بِنَسْخٍ بَلْ هُوَ تَقْرِيرُ مَعْنًىٰ لِأَنَّ العَقْلَ كَانَ عَلَىٰ أَهْلِ النُّصْرَةِ وَقَدْ كَانَتْ بِأَنْوَاعٍ: بِالْقَرَابَةِ وَالْحِلْفِ وَالْوَلَاءِ وَالْعَدِّ. وَفِي عَهْدِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - قَدْ صَارَتْ بِالدِّيوَانِ فَجَعَلَهَا عَلَىٰ أَهْلِهِ اتِّبَاعًا لِلْمَعْنَىٰ وَلِهٰذَا قَالُوا: لَوْ كَانَ اليَوْمَ قَوْمٌ تَنَاصُرُهُمْ بِالْحِرَفِ فَعَاقِلَتُهُمْ أَهْلُ الحِرْفَةِ، وَإِنْ كَانَ بِالْحِلْفِ فَأَهْلُهُ وَالدِّيَةُ صِلَةٌ كَمَا قَالَ، لٰكِنَّ إِيجَابَهَا فِيمَا هُوَ صِلَةٌ وَهُوَ العَطَاءُ أَوْلَىٰ مِنْهُ فِي أُصُولِ أَمْوَالِهِمْ، وَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثِ سِنِينَ مَرْوِيٌّ عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَمَحْكِيٌّ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَلِأَنَّ الأَخْذَ

قوله: وَلَيْسَ ذٰلِكَ بِنَسْخٍ بَلْ هُوَ تَقْرِيرُ مَعْنًى، وهذا جوابٌ عن قوله: ولا نسخَ بعده. فإن قيل: كيف يظنُّ بِهم الإجماع علىٰ خلاف ما قضى به رسول الله عليه الصلاة والسلام؟ قلنا: هذا إجماعٌ علىٰ وفاق ما قضى به رسول الله عليه الصلاة والسلام معنًى، فإنَّهم علموا أنَّ رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى على العشيرة باعتبار النصرة، فقد كانت قوَّة المرء ونصرته يومئذٍ بعشيرته، فلمَّا دوَّن عُمر الدواوينَ صارت القوة والنصرة بالديوان، فلهذا قضوا بالدية علىٰ أهل الديوان. **الحِلْفِ**، بكسر الحاء العهد يكون بين القوم، ومنه قولهم: تحالفوا على التناصر، والمراد به ههنا ولاء الموالاة.

قوله: وَالْوَلَاءِ - أي ولاء العتاقة - وَالْعَدِّ، وهو أن يعدَّ فيهم، يقال: فلان عديد بني فلان، أي يعدُّ منهم كمن سكن في دار قومٍ يعدُّ فيهم وإن لم يكن له قرابة فيهم، كإبليس اللعين كان يشتغل بالعبادة فيما بين الملائكة فعُدَّ منهم وإن لم يكن من جنسهم.

قوله: أَوْلَىٰ مِنْهُ فِي أُصُولِ أَمْوَالِهِمْ، أي من الإيجاب.

مِنَ العَطَاءِ لِلتَّخْفِيفِ وَالْعَطَاءُ يَخْرُجُ فِي كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً (فَإِنْ خَرَجَتِ العَطَايَا فِي أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَ سِنِينَ أَوْ أَقَلَّ أُخِذَ مِنْهَا) لِحُصُولِ المَقْصُودِ وَتَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَتِ العَطَايَا لِلسِّنِينَ المُسْتَقْبَلَةِ بَعْدَ القَضَاءِ، حَتَّىٰ لَوِ اجْتَمَعَتْ فِي السِّنِينَ المَاضِيَةِ قَبْلَ القَضَاءِ ثُمَّ خَرَجَتْ بَعْدَ القَضَاءِ لَا يُؤْخَذُ مِنْهَا لِأَنَّ الوُجُوبَ بِالْقَضَاءِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ. وَلَوْ خَرَجَ لِلْقَاتِلِ ثَلَاثُ عَطَايَا فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ مَعْنَاهُ فِي المُسْتَقْبَلِ يُؤْخَذُ

قوله: لِحُصُولِ المَقْصُودِ، وهو التفريق على العطيات.

قوله: لِأَنَّ الوُجُوبَ بِالْقَضَاءِ، لأنَّ من عليه غير معلومٍ، لأنَّ في العاقلة كلامًا فلا يتعيَّن إلا بالقضاء، فلهذا لم يؤخذ من العطايا للسنين الماضية قبل القضاء وإن خرجت بعد القضاء.

قوله: عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، إشارة إلىٰ قوله: وإنَّما يعتبر مدَّةَ ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية، لأنَّ الواجب الأصليَّ المثلُ والتحوُّل إلى القيمة بالقضاء فيعتبَرُ ابتداؤها من وقته، كما في ولد المغرور، لأنَّ ضمان المتلفات يكون بالمثل بالنصِّ، ومثل النفس النفسُ إلَّا أنه إذا رفعَ إلى القاضي وتحقَّق العجزُ عن استيفاء النفس لِمَا فيه من معنى العقوبة تحوَّل الحقُّ بقضائه إلى المال، كما في ولد المغرور فإنَّ قيمته إنَّما تجب على المغرور بقضاء القاضي وإن كان ردَّ عينه متعذرًا قبل القضاء، ولكن في الحكم جعل الواجب رد العين، إلا أن يحوله القاضي إلى القيمة بقضائه لتحقق العجز عن ردِّ العين، ولهذا لو هلكَ الولدُ قبل القضاء لم يضمن شيئًا فاعتبر قيمته يوم القضاء لهذا، وهو نظيرُ الأجل في حقِّ العنين فإنه لا يعتبَرُ فيما مضىٰ من المدَّة قبل الخصومة، وإنَّما يكون ابتداء التأجيل من وقت قضاء القاضي.

مِنْهَا كُلُّ الدِّيَةِ لِمَا ذَكَرْنَا، وَإِذَا كَانَ جَمِيعُ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فَكُلُّ ثُلُثٍ مِنْهَا فِي سَنَةٍ، وَإِنْ كَانَ الوَاجِبُ بِالْعَقْلِ ثُلُثَ دِيَةِ النَّفْسِ أَوْ أَقَلَّ كَانَ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ وَمَا زَادَ عَلَىٰ الثُّلُثِ إِلَىٰ تَمَامِ الثُّلُثَيْنِ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ، وَمَا زَادَ عَلَىٰ ذَٰلِكَ إِلَىٰ تَمَامِ الدِّيَةِ فِي السَّنَةِ الثَّالِثَةِ. وَمَا وَجَبَ عَلَىٰ العَاقِلَةِ مِنَ الدِّيَةِ أَوْ عَلَىٰ القَاتِلِ بِأَنْ قَتَلَ الأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا فَهُوَ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: وَمَا وَجَبَ عَلَىٰ القَاتِلِ فِي مَالِهِ فَهُوَ حَالٌّ، لِأَنَّ التَّأْجِيلَ لِلتَّخْفِيفِ لِتَحَمُّلِ العَاقِلَةِ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ العَمْدُ المَحْضُ. وَلَنَا أَنَّ القِيَاسَ يَأْبَاهُ وَالشَّرْعَ وَرَدَ بِهِ مُؤَجَّلًا فَلَا يَتَعَدَّاهُ. وَلَوْ قَتَلَ عَشَرَةٌ رَجُلًا خَطأً فَعَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ عُشْرُ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ إِذْ هُوَ بَدَلُ النَّفْسِ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ مُدَّةُ ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ القَضَاءِ بِالدِّيَةِ لِأَنَّ الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ المِثْلُ وَالتَّحَوُّلَ إِلَىٰ القِيمَةِ بِالْقَضَاءِ فَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ وَقْتِهِ كَمَا فِي وَلَدِ المَغْرُورِ.

قَالَ: (وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ) لِأَنَّ نُصْرَتَهُ بِهِمْ وَهِيَ المُعْتَبَرَةُ فِي التَّعَاقُلِ.

قَالَ: (وَتُقْسَمُ عَلَيْهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لَا يُزَادُ الوَاحِدُ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ دَرَاهِمَ فِي كُلِّ سَنَةٍ وَيَنْقُصُ مِنْهَا) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: كَذَا ذَكَرَهُ

القُدُورِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي مُخْتَصَرِهِ، وَهٰذَا إِشَارَةٌ إِلَىٰ أَنَّهُ يُزَادُ عَلَىٰ أَرْبَعَةٍ مِنْ جَمِيعِ الدِّيَةِ، وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - عَلَىٰ أَنَّهُ لَا يُزَادُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ جَمِيعِ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ عَلَىٰ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ فَلَا يُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ فِي كُلِّ سَنَةٍ إِلَّا دِرْهَمٌ أَوْ دِرْهَمٌ وَثُلُثُ دِرْهَمٍ وَهُوَ الأَصَحُّ.

قَالَ: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَتَّسِعُ القَبِيلَةُ لِذٰلِكَ ضُمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ القَبَائِلِ) مَعْنَاهُ: نَسَبًا كُلُّ ذٰلِكَ لِمَعْنَىٰ التَّخْفِيفِ وَيُضَمُّ الأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ عَلَىٰ تَرْتِيبِ العَصَبَاتِ: الإِخْوَةُ ثُمَّ بَنُوهُمْ، ثُمَّ الأَعْمَامُ ثُمَّ بَنُوهُمْ. وَأَمَّا الآبَاءُ وَالْأَبْنَاءُ فَقِيلَ يَدْخُلُونَ لِقُرْبِهِمْ، وَقِيلَ لَا يَدْخُلُونَ لِأَنَّ الضَّمَّ لِنَفْيِ الحَرَجِ حَتَّىٰ لَا يُصِيبَ كُلُّ وَاحِدٍ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ، وَهٰذَا المَعْنَىٰ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ الكَثْرَةِ وَالْآبَاءُ وَالْأَبْنَاءُ لَا يَكْثُرُونَ، وَعَلَىٰ هٰذَا حُكْمُ الرَّايَاتِ إِذَا لَمْ يَتَّسِعْ لِذٰلِكَ أَهْلُ رَايَةٍ ضُمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الرَّايَاتِ: يَعْنِي أَقْرَبَهُمْ نُصْرَةً إِذَا حَزَبَهُمْ أَمْرٌ الأَقْرَبَ فَالْأَقْرَبَ، وَيُفَوَّضُ ذٰلِكَ إِلَىٰ الإِمَامِ لِأَنَّهُ هُوَ العَالِمُ بِهِ، ثُمَّ هٰذَا كُلُّهُ عِنْدَنَا،

قوله: وَيُضَمُّ الأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ عَلَىٰ تَرْتِيبِ العَصَبَاتِ: الإِخْوَةُ ثُمَّ بَنُوهُمْ، صورته إذا جنىٰ واحدٌ من أولاد حُسَين مثلًا يكون موجب الجناية عليهم، وإن لم تتسع هذه القبيلة لذلك ضمَّ إليها قبيلة الحسن ثمَّ بنوهم، فإن لم تتسع هاتان القبيلتان لذلك تضمُّ إليهما قبيلة عقيل ثمَّ بنوهم.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - يَجِبُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ دِينَارٍ فَيُسَوَّىٰ بَيْنَ الكُلِّ لِأَنَّهُ صِلَةٌ فَيُعْتَبَرُ بِالزَّكَاةِ وَأَدْنَاهَا ذٰلِكَ إِذْ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ عِنْدَهُمْ نِصْفُ دِينَارٍ، وَلٰكِنَّا نَقُولُ: هِيَ أَحَطُّ رُتْبَةً مِنْهَا؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهَا لَا تُؤْخَذُ مِنْ أَصْلِ المَالِ فَيُنْتَقَصُ مِنْهَا تَحْقِيقًا لِزِيَادَةِ التَّخْفِيفِ.

(وَلَوْ كَانَتْ عَاقِلَةُ الرَّجُلِ أَصْحَابَ الرِّزْقِ يُقْضَىٰ بِالدِّيَةِ فِي أَرْزَاقِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فِي كُلِّ سَنَةٍ الثُّلُثُ) لِأَنَّ الرِّزْقَ فِي حَقِّهِمْ بِمَنْزِلَةِ العَطَاءِ قَائِمٌ مُقَامَهُ إِذْ كُلٌّ مِنْهُمَا صِلَةٌ مِنْ بَيْتِ المَالِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِنْ كَانَتْ أَرْزَاقُهُمْ تَخْرُجُ فِي كُلِّ سَنَةٍ، فَكَمَا يَخْرُجُ رِزْقٌ يُؤْخَذُ مِنْهُ الثُّلُثُ بِمَنْزِلَةِ العَطَاءِ، وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ فِي كُلِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَخَرَجَ بَعْدَ القَضَاءِ يُؤْخَذُ مِنْهُ سُدُسُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ فِي كُلِّ شَهْرٍ يُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ

قوله: وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ يَجِبُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ دِينَارٍ فَيُسَوَّىٰ بَيْنَ الكُلِّ، أي عند الشافعي ما يقضىٰ به علىٰ كلِّ واحد منهم لا يكون أقلَّ من نصف دينار أو خمسة دراهم لأنَّها صلةٌ واجبةٌ شرعًا فيعتبر بالزكاة، وأدنىٰ ما يجب في الزكاة نصف دينار أو خمسة دراهم، ولنا أنَّ الإيجاب عليهم للتخفيف على القاتل، وذا في القليل دون الكثير، وهذه صلةٌ واجبة أمروا بأدائها علىٰ وجه التبرع فلا يبلغ مقدارها مقدار الواجب من الزكاة بل ينقصُ من ذلك، ألا ترىٰ أنَّها لا تجبُ في أصول أموالهم، وإنَّما تجبُ فيما هو صلةٌ وهو العطاء تحقيقًا للتخفيف.

قوله: وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ فِي كُلِّ شَهْرٍ يُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ رِزْقٍ بِحِصَّتِهِ مِنَ الشَّهْرِ،

رِزْقٍ بِحِصَّتِهِ مِنَ الشَّهْرِ حَتَّىٰ يَكُونَ الْمُسْتَوْفَىٰ فِي كُلِّ سَنَةٍ مِقْدَارَ الثُّلُثِ، وَإِنْ خَرَجَ بَعْدَ القَضَاءِ بِيَوْمٍ أَوْ أَكْثَرَ أُخِذَ مِنْ رِزْقِ ذٰلِكَ الشَّهْرِ بِحِصَّةِ الشَّهْرِ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُمْ أَرْزَاقٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ وَأَعْطِيَةٌ فِي كُلِّ سَنَةٍ فُرِضَتِ الدِّيَةُ فِي الأَعْطِيَةِ دُونَ الأَرْزَاقِ لِأَنَّهُ أَيْسَرُ، إِمَّا لِأَنَّ الأَعْطِيَةَ أَكْثَرُ، أَوْ لِأَنَّ الرِّزْقَ لِكِفَايَةِ الوَقْتِ فَيَتَعَسَّرُ الأَدَاءُ مِنْهُ وَالْأَعْطِيَاتُ لِيَكُونُوا فِي الدِّيوَانِ قَائِمِينَ بِالنُّصْرَةِ فَيَتَيَسَّرَ عَلَيْهِمْ.

قَالَ: (وَأُدْخِلَ القَاتِلُ مَعَ العَاقِلَةِ فَيَكُونُ فِيمَا يُؤَدِّي كَأَحَدِهِمْ) لِأَنَّهُ هُوَ الفَاعِلُ فَلَا مَعْنَىٰ لِإِخْرَاجِهِ وَمُؤَاخَذَةِ غَيْرِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجِبُ عَلَىٰ القَاتِلِ شَيْءٌ مِنَ الدِّيَةِ اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ فِي النَّفْيِ عَنْهُ وَالْجَامِعُ كَوْنُهُ مَعْذُورًا. قُلْنَا: إِيجَابُ الكُلِّ إِجْحَافٌ بِهِ وَلَا كَذٰلِكَ إِيجَابُ الجُزْءِ، وَلَوْ كَانَ الخَاطِئُ مَعْذُورًا فَالْبَرِيءُ مِنْهُ أَوْلَىٰ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤]. (وَلَيْسَ عَلَىٰ النِّسَاءِ وَالذُّرِّيَّةِ مِمَّنْ كَانَ لَهُ حَظٌّ فِي الدِّيوَانِ عَقْلٌ) لِقَوْلِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: لَا يَعْقِلُ مَعَ العَاقِلَةِ صَبِيٌّ وَلَا امْرَأَةٌ، وَلِأَنَّ العَقْلَ إِنَّمَا يَجِبُ عَلَىٰ أَهْلِ النُّصْرَةِ لِتَرْكِهِمْ مُرَاقَبَتَهُ، وَالنَّاسُ لَا يَتَنَاصَرُونَ

أي سُدس السُّدس.

قوله: وَأُدْخِلَ القَاتِلُ مَعَ العَاقِلَةِ، أي إذا كان من أهل العطاء في الديوان، أمَّا إذا لم يكن من أهل العطاء فلا يجبُ عليه شيءٌ من الدية عندنا أيضًا.

بِالصِّبْيَانِ وَالنِّسَاءِ وَلِهٰذَا لَا يُوضَعُ عَلَيْهِمْ مَا هُوَ خَلَفٌ عَنِ النُّصْرَةِ وَهُوَ الجِزْيَةُ، وَعَلَىٰ هٰذَا لَوْ كَانَ القَاتِلُ صَبِيًّا أَوِ امْرَأَةً لَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا مِنَ الدِّيَةِ بِخِلَافِ الرَّجُلِ، لِأَنَّ وُجُوبَ جُزْءٍ مِنَ الدِّيَةِ عَلَىٰ القَاتِلِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ أَحَدُ العَوَاقِلِ لِأَنَّهُ يَنْصُرُ نَفْسَهُ وَهٰذَا لَا يُوجَدُ فِيهِمَا، وَالْفَرْضُ لَهُمَا مِنَ العَطَاءِ لِلْمَعُونَةِ لَا لِلنُّصْرَةِ كَفَرْضِ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَرَضِيَ اللهُ عَنْهُنَّ.

(وَلَا يَعْقِلُ أَهْلُ مِصْرٍ عَنْ مِصْرٍ آخَرَ) يُرِيدُ بِهِ أَنَّهُ إِذَا كَانَ لِأَهْلِ كُلِّ مِصْرٍ دِيوَانٌ عَلَىٰ حِدَةٍ لِأَنَّ التَّنَاصُرَ بِالدِّيوَانِ عِنْدَ وُجُودِهِ، وَلَوْ كَانَ بِاعْتِبَارِ القُرْبِ فِي السُّكْنَىٰ فَأَهْلُ مِصْرِهِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ أَهْلِ مِصْرٍ آخَرَ (وَيَعْقِلُ أَهْلُ كُلِّ مِصْرٍ مِنْ أَهْلِ سَوَادِهِمْ) لِأَنَّهُمْ أَتْبَاعٌ لِأَهْلِ المِصْرِ، فَإِنَّهُمْ إِذَا حَزَبَهُمْ أَمْرٌ اسْتَنْصَرُوا بِهِمْ فَيَعْقِلُهُمْ أَهْلُ المِصْرِ بِاعْتِبَارِ مَعْنَىٰ

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا لَوْ كَانَ القَاتِلُ صَبِيًّا أَوِ امْرَأَةً لَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا مِنَ الدِّيَةِ، هذا يخالفُ ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار المتأخرين أنَّ المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة، إلا أنَّ ذلك ليس بأصل الرواية وإنَّما هو اختيار بعض المتأخرين، وما ذكر ههنا هو اختيار الطحاوي وهو الأصحُّ، وهو أصل رواية محمد رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَالْفَرْضُ لَهُمَا مِنَ العَطَاءِ لِلْمَعُونَةِ، هذا جوابُ إشكالٍ وهو أن يقال: العطاء إنَّما يدفعُ لنصرة أهل الإسلام كما في حقِّ الغزاة، ثمَّ الغزاة تكون عواقل لغيرهم فكذا النساء، فأجاب أنَّ العطاء إنَّما يدفع للتناصر والفرض للصبيان في الديوان باعتبار المعونة لا باعتبار النصرة، أي باعتبار معونة الإمام للصبي والمرأة.

القُرْبِ فِي النُّصْرَةِ (وَمَنْ كَانَ مَنْزِلُهُ بِالْبَصْرَةِ وَدِيوَانُهُ بِالْكُوفَةِ عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الكُوفَةِ) لِأَنَّهُ يَسْتَنْصِرُ بِأَهْلِ دِيوَانِهِ لَا بِجِيرَانِهِ. وَالْحَاصِلُ أَنَّ الِاسْتِنْصَارَ بِالدِّيوَانِ أَظْهَرُ فَلَا يَظْهَرُ مَعَهُ حُكْمُ النُّصْرَةِ بِالْقَرَابَةِ وَالنَّسَبِ وَالْوَلَاءِ وَقُرْبِ السُّكْنَىٰ وَغَيْرِهِ وَبَعْدَ الدِّيوَانِ النُّصْرَةُ بِالنَّسَبِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَعَلَىٰ هٰذَا يَخْرُجُ كَثِيرٌ مِنْ صُوَرِ مَسَائِلِ المَعَاقِلِ.

(وَمَنْ جَنَىٰ جِنَايَةً مِنْ أَهْلِ المِصْرِ وَلَيْسَ لَهُ فِي الدِّيوَانِ عَطَاءٌ وَأَهْلُ البَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ وَمَسْكَنُهُ المِصْرُ عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الدِّيوَانِ مِنْ ذٰلِكَ المِصْرِ) وَلَمْ يُشْتَرَطْ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِ الدِّيوَانِ قَرَابَةٌ، قِيلَ هُوَ صَحِيحٌ لِأَنَّ الَّذِينَ يَذُبُّونَ عَنْ أَهْلِ المِصْرِ وَيَقُومُونَ بِنُصْرَتِهِمْ وَيَدْفَعُونَ عَنْهُمْ أَهْلُ الدِّيوَانِ مِنْ أَهْلِ المِصْرِ وَلَا يَخُصُّونَ بِهِ أَهْلَ العَطَاءِ. وَقِيلَ تَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ قَرِيبًا لَهُمْ، وَفِي الكِتَابِ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ حَيْثُ قَالَ: وَأَهْلُ البَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ أَهْلِ مِصْرٍ، وَهٰذَا لِأَنَّ الوُجُوبَ عَلَيْهِمْ بِحُكْمِ القَرَابَةِ وَأَهْلُ المِصْرِ أَقْرَبُ مِنْهُمْ مَكَانًا فَكَانَتِ القُدْرَةُ عَلَىٰ النُّصْرَةِ

قوله: وَغَيْرِهِ، وهو العدوُّ الحلف.

قوله: وَأَهْلُ البَادِيَةِ أَقْرَبُ، أي نسبًا.

قوله: قِيلَ هُوَ صَحِيحٌ، أي قوله: وَلَمْ يُشْتَرَطْ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِ الدِّيوَانِ قَرَابَةٌ.

قوله: وَقِيلَ تَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ قَرِيبًا لَهُمْ، أي ذا قرابةٍ لهم.

لَهُمْ وَصَارَ نَظِيرُ مَسْأَلَةِ الغَيْبَةِ المُنْقَطِعَةِ (وَلَوْ كَانَ البَدْوِيُّ نَازِلًا فِي المِصْرِ لَا مَسْكَنَ لَهُ فِيهِ لَا يَعْقِلُهُ أَهْلُ المِصْرِ) لِأَنَّ أَهْلَ العَطَاءِ لَا يَنْصُرُونَ مَنْ لَا مَسْكَنَ لَهُ فِيهِ، كَمَا أَنَّ أَهْلَ البَادِيَةِ لَا تَعْقِلُ عَنْ أَهْلِ المِصْرِ النَّازِلِ فِيهِمْ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَنْصِرُ بِهِمْ (وَإِنْ كَانَ لِأَهْلِ الذِّمَّةِ عَوَاقِلُ مَعْرُوفَةٌ يَتَعَاقَلُونَ بِهَا فَقَتَلَ أَحَدُهُمْ قَتِيلًا فَدِيَتُهُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ بِمَنْزِلَةِ المُسْلِمِ) لِأَنَّهُمُ التَزَمُوا أَحْكَامَ الإِسْلَامِ فِي المُعَامَلَاتِ لَا سِيَّمَا فِي المَعَانِي العَاصِمَةِ عَنِ الإِضْرَارِ، وَمَعْنَىٰ التَّنَاصُرِ مَوْجُودٌ فِي حَقِّهِمْ (وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُمْ عَاقِلَةٌ مَعْرُوفَةٌ فَالدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يُقْضَىٰ بِهَا عَلَيْهِ) كَمَا فِي حَقِّ المُسْلِمِ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الوُجُوبَ عَلَىٰ القَاتِلِ وَإِنَّمَا يَتَحَوَّلُ عَنْهُ إِلَىٰ العَاقِلَةِ أَنْ لَوْ وُجِدَتْ، فَإِذَا لَمْ تُوجَدْ

قوله: وَصَارَ نَظِيرُ مَسْأَلَةِ الغَيْبَةِ المُنْقَطِعَةِ، أي صار كصغيرةٍ لها وليَّان، أحدهما أقرب وهو غائبٌ غيبةً منقطعةً، فإنَّ ولاية الإنكاح إلى الأبعد الحاضر لأنَّهُ أقْدَر علىٰ إقامة مصالحها، وهنا أهل المصر أقرب مكانًا فكانوا أقْدَر على النصرة من أهل البادية وإن كانوا أقْرَبَ نسبًا.

قوله: لَا سِيَّمَا فِي المَعَانِي العَاصِمَةِ عَنِ الإِضْرَارِ، كحدِّ السرقة، والقذف، والقصاص، ووجوب الدية.

قوله: كَمَا فِي حَقِّ المُسْلِمِ، أي تجبُ الديةُ في مال المسلم إذا لم يكن له عاقلةٌ، وهذه روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وفي ظاهر الرواية: يجبُ في بيت المال، وفي المبسوط: فرق بين المسلم والذمي فإنَّ الجاني إذا كان مسلمًا ولا عاقلةَ له فعقله في بيت

بَقِيَتْ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ تَاجِرَيْنِ مُسْلِمَيْنِ فِي دَارِ الحَرْبِ قَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ يُقْضَىٰ بِالدِّيَةِ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ لِأَنَّ أَهْلَ دَارِ الإِسْلَامِ لَا يَعْقِلُونَ عَنْهُ، وَتَمَكُّنُهُ مِنْ هٰذَا القَتْلِ لَيْسَ بِنُصْرَتِهِمْ.

(وَلَا يَعْقِلُ كَافِرٌ عَنْ مُسْلِمٍ وَلَا مُسْلِمٌ عَنْ كَافِرٍ) لِعَدَمِ التَّنَاصُرِ وَالْكُفَّارُ يَتَعَاقَلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَإِنِ اخْتَلَفَتْ مِلَلُهُمْ لِأَنَّ الكُفْرَ كُلَّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ. قَالُوا: هٰذَا إِذَا لَمْ تَكُنِ المُعَادَاةُ فِيمَا بَيْنَهُمْ ظَاهِرَةً، أَمَّا إِذَا كَانَتْ ظَاهِرَةً كَالْيَهُودِ وَالنَّصَارَىٰ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَتَعَاقَلُونَ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ لِانْقِطَاعِ التَّنَاصُرِ. وَلَوْ كَانَ القَاتِلُ مِنْ

المال في ظاهر الرواية، ولا يجبُ في مال الجانِي، والفرق أنَّ العقل إنَّما يجب علىٰ غير الجانِي باعتبار النصرة، ومتىٰ لم يكن للمسلم ديوانٌ ولا قرابةٌ بأن كان لقيطًا فجماعة المسلمين أهل نصرته، فأمكنا إيجاب عقله في بيت مال المسلمين باعتبار النصرة، بخلاف الذمي فإنَّ جماعة المسلمين ليسَ من أهل نصرته فالولاية بيننا وبينهم منقطعةٌ فتعذَّر إيجاب العقل في بيت المال باعتبار النصرة فوجبَ في ماله.

قوله: وَتَمَكُّنُهُ مِنْ هٰذَا القَتْلِ لَيْسَ بِنُصْرَتِهِمْ، أي تمكين الذمي من هذا القتل ليسَ بنصرة أهل الإسلام إيَّاه.

قوله: لِأَنَّ الكُفْرَ كُلَّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ، أي في أنه إعراضٌ عن الحق وإتباع الرسول، وهذا إذا كان من ديانتهم أنَّ العاقلة يتحملون عن القاتل، أمَّا إذا لم يدينوا بذلك يكون في مال القاتل.

أَهْلِ الكُوفَةِ وَلَهُ بِهَا عَطَاءٌ فَحَوَّلَ دِيوَانَهُ إِلَىٰ البَصْرَةِ ثُمَّ رُفِعَ إِلَىٰ القَاضِي فَإِنَّهُ يُقْضَىٰ بِالدِّيَةِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ البَصْرَةِ. وَقَالَ زُفَرُ: يُقْضَىٰ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ الكُوفَةِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ المُوجِبَ هُوَ الجِنَايَةُ وَقَدْ تَحَقَّقَ وَعَاقِلَتُهُ أَهْلُ الكُوفَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا حُوِّلَ بَعْدَ القَضَاءِ. وَلَنَا أَنَّ المَالَ إِنَّمَا يَجِبُ عِنْدَ القَضَاءِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الوَاجِبَ هُوَ المِثْلُ وَبِالْقَضَاءِ يَنْتَقِلُ إِلَىٰ المَالِ، وَكَذَا الوُجُوبُ عَلَىٰ القَاتِلِ وَتَتَحَمَّلُ عَنْهُ عَاقِلَتُهُ، وَإِذَا كَانَ كَذٰلِكَ يَتَحَمَّلُ عَنْهُ مَنْ يَكُونُ عَاقِلَتَهُ عِنْدَ القَضَاءِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ القَضَاءِ لِأَنَّ الوَاجِبَ قَدْ تَقَرَّرَ بِالْقَضَاءِ فَلَا يَنْتَقِلُ بَعْدَ ذٰلِكَ، لٰكِنَّ حِصَّةَ القَاتِلِ تُؤْخَذُ مِنْ عَطَائِهِ بِالْبَصْرَةِ لِأَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنَ العَطَاءِ وَعَطَاؤُهُ بِالْبَصْرَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَلَّتِ العَاقِلَةُ بَعْدَ القَضَاءِ عَلَيْهِمْ حَيْثُ يُضَمُّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ القَبَائِلِ فِي

قوله: فَحَوَّلَ دِيوَانَهُ، أي بعد القتل.

قوله: وَقَدْ تَحَقَّقَ وَعَاقِلَتُهُ أَهْلُ الكُوفَةِ، أي في هذه الحالة.

قوله: وَكَذَا الوُجُوبُ عَلَى القَاتِلِ، النكتة الأولىٰ إنَّما هي من حيث النظر إلى الواجب، والثانية باعتبار النظر إلىٰ محلِّ الوجوب، والحاصل أنَّ النظر إلى الوجوب أو إلىٰ محل الوجوب يقتضي أن يكون المتحمل عنهم هم العاقلة الثانية.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَلَّتِ العَاقِلَةُ، بأن ماتَ بعضهم يتعلَق بقوله: بِخِلَافِ مَا بَعْدَ القَضَاءِ، أي لا يقضي بالدية علىٰ عاقلته من أهل البصرة إذا كان القاضي قضىٰ بديته علىٰ

النَّسَبِ، لِأَنَّ فِي النَّقْلِ إِبْطَالَ حُكْمِ الأَوَّلِ فَلَا يَجُوزُ بِحَالٍ، وَفِي الضَّمِّ تَكْثِيرُ المُتَحَمِّلِينَ لِمَا قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِمْ فَكَانَ فِيهِ تَقْرِيرُ الحُكْمِ الأَوَّلِ لَا إِبْطَالُهُ، وَعَلَىٰ هٰذَا لَوْ كَانَ القَاتِلُ مَسْكَنُهُ بِالْكُوفَةِ وَلَيْسَ لَهُ عَطَاءٌ فَلَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ حَتَّىٰ اسْتَوْطَنَ البَصْرَةَ قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلَىٰ أَهْلِ البَصْرَةِ، وَلَوْ كَانَ قَضَىٰ بِهَا عَلَىٰ أَهْلِ الكُوفَةِ لَمْ يَنْتَقِلْ عَنْهُمْ، وَكَذَا البَدْوِيُّ إِذَا أُلْحِقَ بِالدِّيوَانِ بَعْدَ القَتْلِ قَبْلَ القَضَاءِ يُقْضَىٰ بِالدِّيَةِ عَلَىٰ أَهْلِ الدِّيوَانِ، وَبَعْدَ القَضَاءِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ بِالْبَادِيَةِ لَا يَتَحَوَّلُ عَنْهُمْ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ البَادِيَةِ قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلَيْهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ ثُمَّ جَعَلَهُمُ الإِمَامُ فِي العَطَاءِ حَيْثُ تَصِيرُ الدِّيَةُ فِي أَعْطِيَاتِهِمْ وَإِنْ كَانَ قَضَىٰ بِهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ فِي أَمْوَالِهِمْ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَقْضُ القَضَاءِ الأَوَّلِ لِأَنَّهُ قَضَىٰ بِهَا فِي أَمْوَالِهِمْ وَأَعْطِيَاتُهُمْ أَمْوَالُهُمْ، غَيْرَ أَنَّ الدِّيَةَ تُقْضَىٰ مِنْ أَيْسَرِ الأَمْوَالِ أَدَاءً، وَالْأَدَاءُ مِنَ العَطَاءِ أَيْسَرُ إِذَا صَارُوا مِنْ أَهْلِ العَطَاءِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَالُ العَطَاءِ مِنْ جِنْسِ مَا قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِ بِأَنْ كَانَ القَضَاءُ بِالْإِبِلِ وَالْعَطَاءُ دَرَاهِمَ فَحِينَئِذٍ لَا تَتَحَوَّلُ إِلَىٰ الدَّرَاهِمِ أَبَدًا لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ القَضَاءِ الأَوَّلِ،

عاقلته من أهل الكوفة، بخلاف ما إذا قلَّت حيث يضمُّ إليهم أقرب القبائل في النسب وإن كان بعد القضاء مع أنه نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلىٰ أقرب القبائل، فأجابَ

لٰكِنْ يُقْضَىٰ ذٰلِكَ مِنْ مَالِ العَطَاءِ لِأَنَّهُ أَيْسَرُ.

قَالَ: (وَعَاقِلَةُ المُعْتَقِ قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ) لِأَنَّ النُّصْرَةَ بِهِمْ يُؤَيِّدُ ذٰلِكَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَوْلَىٰ القَوْمِ مِنْهُمْ».

قَالَ: (وَمَوْلَىٰ المُوَالَاةِ يَعْقِلُ عَنْهُ مَوْلَاهُ وَقَبِيلَتُهُ) لِأَنَّهُ وَلَاءٌ يُتَنَاصَرُ بِهِ فَأَشْبَهَ وَلَاءَ العَتَاقَةِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ الوَلَاءِ.

قَالَ: (وَلَا تَعْقِلُ العَاقِلَةُ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ عُشْرِ الدِّيَةِ وَتَتَحَمَّلُ نِصْفَ العُشْرِ فَصَاعِدًا) وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - مَوْقُوفًا عَلَيْهِ وَمَرْفُوعًا إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا تَعْقِلُ العَوَاقِلُ عَمْدًا وَلَا عَبْدًا وَلَا صُلْحًا وَلَا اعْتِرَافًا وَلَا مَا دُونَ

عنه بقوله: أنَّ في ضم أقرب القبائل إليهم تقريرًا للحكم الأول لا إبطالًا له.

قوله: لٰكِنْ يُقْضَىٰ ذٰلِكَ - أي الإبل - مِنْ مَالِ العَطَاءِ، بأن يشتري الإبل من مال العطاء.

قوله: وَلَا تَعْقِلُ العَاقِلَةُ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ عُشْرِ الدِّيَةِ، فيه إشكالٌ وهو أنَّ من قتلَ عبد غيره خطأً وقيمته أقلّ من أرش الموضحة فإنَّ العاقلةَ تتحملُ، إلا أنَّ الجواب عنه أنَّ المراد منه فيما دون النفس، فأمَّا في النفس فالنصُّ وردَ بوجوب الدية على العاقلة، وهذا ديةٌ لأنَّ القيمةَ في العبد قائمةٌ مقام الدية في الحرِّ.

قوله: لَا تَعْقِلُ العَوَاقِلُ عَمْدًا، صورته إذا كان القاتلُ أب المقتول.

قوله: وَلَا عَبْدًا، قالَ أبو حنيفةَ رحمه الله تعالىٰ: هو أن يجني العبد على الحرِّ،

أَرْشِ المُوضِحَةِ» وَأَرْشُ المُوضِحَةِ نِصْفُ عُشْرِ بَدَلِ النَّفْسِ، وَلِأَنَّ التَّحَمُّلَ لِلتَّحَرُّزِ عَنِ الإِجْحَافِ وَلَا إِجْحَافَ فِي القَلِيلِ وَإِنَّمَا هُوَ فِي الكَثِيرِ، وَالتَّقْدِيرُ الفَاصِلُ عُرِفَ بِالسَّمْعِ.

قَالَ: (وَمَا نَقَصَ مِنْ ذٰلِكَ يَكُونُ فِي مَالِ الجَانِي) وَالْقِيَاسُ فِيهِ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ القَلِيلِ وَالْكَثِيرِ فَيَجِبُ الكُلُّ عَلَىٰ العَاقِلَةِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّافِعِيُّ، أَوِ التَّسْوِيَةُ فِي أَنْ لَا يَجِبَ عَلَىٰ العَاقِلَةِ شَيْءٌ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَاهُ بِمَا رَوَيْنَا، وَبِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَوْجَبَ أَرْشَ الجَنِينِ عَلَىٰ العَاقِلَةِ» وَهُوَ نِصْفُ عُشْرِ بَدَلِ الرَّجُلِ عَلَىٰ مَا مَرَّ فِي الدِّيَاتِ، فَمَا دُونَهُ يُسْلَكُ بِهِ مَسْلَكُ الأَمْوَالِ لِأَنَّهُ يَجِبُ بِالتَّحْكِيمِ كَمَا يَجِبُ ضَمَانُ المَالِ بِالتَّقْوِيمِ فَلِهٰذَا كَانَ فِي مَالِ الجَانِي أَخْذًا بِالْقِيَاسِ.

قَالَ: (وَلَا تَعْقِلُ العَاقِلَةُ جِنَايَةَ العَبْدِ وَلَا مَا لَزِمَ بِالصُّلْحِ أَوْ بِاعْتِرَافِ الجَانِي) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ لَا تَنَاصُرَ بِالْعَبْدِ وَالإِقْرَارُ وَالصُّلْحُ لَا يَلْزَمَانِ العَاقِلَةَ لِقُصُورِ الوِلَايَةِ عَنْهُمْ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُصَدِّقُوهُ) لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِتَصَادُقِهِمْ وَالِامْتِنَاعُ كَانَ لِحَقِّهِمْ

وقال ابن أبي ليلىٰ: هو أن يجني الحرُّ على العبد، وصوَّبه الأصمعيُّ قال: لو كان المعنىٰ علىٰ ما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ لكان الكلام: لا تعقل العاقلة عن عبدٍ، ولم يكن: ولا تعقل العاقلة عبدًا، فعلىٰ ما صوَّبه الأصمعيُّ المراد أن تكون الجناية علىٰ عبدٍ فيما دون النفس.

وَلَهُمْ وِلَايَةٌ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ. (وَمَنْ أَقَرَّ بِقَتْلٍ خَطَإٍ وَلَمْ يَرْفَعُوا إِلَىٰ القَاضِي إِلَّا بَعْدَ سِنِينَ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالدِّيَةِ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يُقْضَىٰ) لِأَنَّ التَّأْجِيلَ مِنْ وَقْتِ القَضَاءِ فِي الثَّابِتِ بِالْبَيِّنَةِ فَفِي الثَّابِتِ بِالْإِقْرَارِ أَوْلَىٰ (وَلَوْ تَصَادَقَ القَاتِلُ وَوَلِيُّ الجِنَايَةِ عَلَىٰ أَنَّ قَاضِيَ بَلَدِ كَذَا قَضَىٰ بِالدِّيَةِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ بِالْكُوفَةِ بِالْبَيِّنَةِ وَكَذَّبَهُمَا العَاقِلَةُ فَلَا شَيْءَ عَلَىٰ العَاقِلَةِ) لِأَنَّ تَصَادُقَهُمَا لَيْسَ بِحَجَّةٍ عَلَيْهِمْ (وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ فِي مَالِهِ) لِأَنَّ الدِّيَةَ بِتَصَادُقِهِمَا تَقَرَّرَتْ عَلَىٰ العَاقِلَةِ بِالْقَضَاءِ وَتَصَادُقُهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا، بِخِلَافِ الأَوَّلِ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ عَطَاءٌ مَعَهُمْ فَحِينَئِذٍ يَلْزَمُهُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ) لِأَنَّهُ فِي حَقِّ حِصَّتِهِ مُقِرٌّ عَلَىٰ نَفْسِهِ وَفِي حَقِّ العَاقِلَةِ مُقِرٌّ عَلَيْهِمْ.

قوله: بِخِلَافِ الأَوَّلِ، أراد به قوله: وَالْإِقْرَارُ وَالصُّلْحُ لَا يَلْزَمَانِ العَاقِلَةَ، فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار في مال المقرِّ، وإنَّما وجبت الدية هناك في مال المقرِّ لأنَّ هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب في مال المقر ضرورةً، وفي المبسوط في قوله: ولم يكن عليه شيء، أي على المقرِّ شيء في ماله لأنَّهما تصادقا أنَّ الواجب بقضاء القاضي تقرَّر على العاقلة وبعد ما تقرَّر على العاقلة لا يبقىٰ عليه وتصادقهما حجَّةٌ في حقِّهما بخلاف الأول، فهناك السبب الموجب للدية على العاقلة هو قضاء القاضي ولم يوجد أصلًا فيقضى بِها في مال المقرِّ.

قوله: إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ عَطَاءٌ مَعَهُمْ، فَحِينَئِذٍ يَلْزَمُهُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ، لأنَّهُ في مقدار حصته مقرٌّ علىٰ نفسه، وبِهذا تبيَّن أنَّ القاتلَ إنَّما يكون أحد العواقل عندنا إذا كان له عطاء

قَالَ: (وَإِذَا جَنَىٰ الحُرُّ عَلَىٰ العَبْدِ فَقَتَلَهُ خطأً كَانَ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ قِيمَتُهُ) لِأَنَّهُ بَدَلُ النَّفْسِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ مِنْ أَصْلِنَا. وَفِي أَحَدِ قَوْلَي الشَّافِعِيِّ تَجِبُ فِي مَالِهِ لِأَنَّهُ بَدَلُ المَالِ عِنْدَهُ وَلِهٰذَا يُوجِبُ قِيمَتَهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ، وَمَا دُونَ النَّفْسِ مِنَ العَبْدِ لَا تَتَحَمَّلُهُ العَاقِلَةُ لِأَنَّهُ يُسْلَكُ بِهِ مَسْلَكَ الأَمْوَالِ عِنْدَنَا عَلَىٰ مَا عُرِفَ، وَفِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ العَاقِلَةُ تَتَحَمَّلُهُ كَمَا فِي الحُرِّ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ. قَالَ أَصْحَابُنَا: إِنَّ القَاتِلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ فَالدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَالِ لِأَنَّ جَمَاعَةَ المُسْلِمِينَ هُمْ أَهْلُ نُصْرَتِهِ وَلَيْسَ بَعْضُهُمْ أَخَصَّ مِنْ بَعْضٍ بِذٰلِكَ، وَلِهٰذَا لَوْ مَاتَ كَانَ مِيرَاثُهُ لِبَيْتِ المَالِ فَكَذَا مَا يَلْزَمُهُ مِنَ الغَرَامَةِ يَلْزَمُ بَيْتَ المَالِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ

في الديوان. فإن قيل: لمَّا كان أصل الوجوب عليه وقد تحوَّل بزعمه إلىٰ عاقلته بقضاء القاضي فإذا توىٰ على العاقلة بجحودهم عادَ الدين إلى ذمة المحيل؟ قلنا: هذا يستقيمُ فيما إذا كان أصله دينًا لدفع التَّوىٰ عن مال المسلم، وهذا صلة لم يكن دينًا وإنَّما كان بطريق الصلة لصيانة دم المقتول عن الهدر، فبعد ما تقرَّر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحولُ إليه بحالٍ سواءٌ استوفىٰ من العاقلة أو لم يستوفِ، كذا في المبسوط.

قوله: قَالَ أَصْحَابُنَا: إِنَّ القَاتِلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ فَالدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَالِ، هذا إذا كان القاتل مسلمًا، أمَّا إذا كان ذميًّا ولا عاقلةَ له فالدية في ماله لا في بيت المال.

قوله: فَكَذَا مَا يَلْزَمُهُ مِنَ الغَرَامَةِ يَلْزَمُ بَيْتَ المَالِ، وفي فتاوى قاضي خان: روى محمد رحمه الله تعالىٰ عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنَّ من لا عاقلةَ له إذا قتلَ رجلًا خطأً فإنَّ دية القتيل تكون في مال الجاني، وذكر في كتاب الولاء من الأصل: أنَّ بيت المال

- رَحِمَهُ اللهُ - رِوَايَةٌ شَاذَّةٌ أَنَّ الدِّيَةَ فِي مَالِهِ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الأَصْلَ أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ عَلَىٰ القَاتِلِ لِأَنَّهُ بَدَلُ مُتْلِفٌ وَالْإِتْلَافُ مِنْهُ، إِلَّا أَنَّ العَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُهَا تَحْقِيقًا لِلتَّخْفِيفِ عَلَىٰ مَا مَرَّ. وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ عَادَ الحُكْمُ إِلَىٰ الأَصْلِ. (وَابْنُ المُلَاعَنَةِ تَعْقِلُهُ عَاقِلَةُ أُمِّهِ) لِأَنَّ نَسَبَهُ ثَابِتٌ مِنْهَا دُونَ الأَبِ (فَإِنْ عَقَلُوا عَنْهُ ثُمَّ ادَّعَاهُ الأَبُ رَجَعَتْ عَاقِلَةُ الأُمِّ بِمَا أَدَّتْ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الأَبِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يَقْضِي القَاضِي لِعَاقِلَةِ الأُمِّ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الأَبِ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الدِّيَةَ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِمْ، لِأَنَّ عِنْدَ الإِكْذَابِ ظَهَرَ أَنَّ النَّسَبَ لَمْ يَزَلْ كَانَ ثَابِتًا مِنَ الأَبِ حَيْثُ بَطَلَ اللِّعَانُ بِالْإِكْذَابِ، وَمَتَىٰ ظَهَرَ مِنَ الأَصْلِ فَقَوْمُ الأُمِّ تَحَمَّلُوا مَا كَانَ وَاجِبًا عَلَىٰ قَوْمِ الأَبِ فَيَرْجِعُونَ عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُمْ مُضْطَرُّونَ فِي ذَٰلِكَ، وَكَذَٰلِكَ إِنْ مَاتَ المُكَاتَبُ عَنْ وَفَاءٍ وَلَهُ وَلَدٌ حُرٌّ فَلَمْ يُؤَدِّ كِتَابَتَهُ حَتَّىٰ جَنَىٰ ابْنُهُ

لا يعقلُ من له وارثٌ معروفٌ، سواءٌ كان مستحقًّا للميراث، بأن كان حرًّا مسلمًا، أو لم يكن مستحقًّا، بأن كان كافرًا أو عبدًا، فقال: لو كان حربيًّا مستأمنًا اشترى عبدًا مسلمًا في دار الإسلام فأعتقه ثمَّ عاد المستأمن إلىٰ دار الحرب ثمَّ أسر وأخرج إلىٰ دار الإسلام ثمَّ ماتَ معتقه فميراثه يكون لبيت المال، لأنَّ معتقه رقيقٌ في الحال، ولو جنىٰ هذا المعتق فعقلَ جنايته يكون عليه ولا يكون علىٰ بيت المال، لأنَّ له وارثًا معروفًا وهو المعتق، وإن كان المعتق لا يستحقُّ ميراثه لأجل الرقِّ، وهو الصحيح.

قوله: لِأَنَّهُمْ مُضْطَرُّونَ فِي ذَٰلِكَ، حيث تحمَّلوا بإلزام القاضي، وهذا نفي لجهة التبرُّع.

وَعَقَلَ عَنْهُ قَوْمُ أُمِّهِ ثُمَّ أُدِّيَتِ الكِتَابَةُ لِأَنَّهُ عِنْدَ الأَدَاءِ يَتَحَوَّلُ وَلَاؤُهُ إِلَىٰ قَوْمِ أَبِيهِ مِنْ وَقْتِ حُرِّيَّةِ الأَبِ وَهُوَ آخِرُ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ قَوْمَ الأُمِّ عَقَلُوا عَنْهُمْ فَيَرْجِعُونَ عَلَيْهِمْ، وَكَذٰلِكَ رَجُلٌ أَمَرَ صَبِيًّا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ فَضَمِنَتْ عَاقِلَةُ الصَّبِيِّ الدِّيَةَ رَجَعَتْ بِهَا عَلَىٰ عَاقِلَةِ الآمِرِ إِنْ كَانَ الأَمْرُ ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ، وَفِي مَالِ الآمِرِ إِنْ كَانَ ثَبَتَ بِإِقْرَارِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يَقْضِي بِهَا القَاضِي عَلَىٰ الآمِرِ، أَوْ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ لِأَنَّ الدِّيَاتِ تَجِبُ مُؤَجَّلَةً بِطَرِيقِ التَّيْسِيرِ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هَاهُنَا عِدَّةُ مَسَائِلَ ذَكَرَهَا مُحَمَّدٌ مُتَفَرِّقَةً، وَالْأَصْلُ الَّذِي يُخَرَّجُ عَلَيْهِ أَنْ يُقَالَ: حَالُ القَاتِلِ إِذَا تَبَدَّلَ حُكْمًا فَانْتَقَلَ وَلَاؤُهُ إِلَىٰ وَلَاءٍ بِسَبَبِ أَمْرٍ حَادِثٍ لَمْ تَنْتَقِلْ جِنَايَتُهُ عَنِ الأَوَّلِ قَضَىٰ بِهَا أَوْ لَمْ يَقْضِ، وَإِنْ ظَهَرَتْ حَالَةٌ خَفِيَّةٌ مِثْلُ دَعْوَةِ وَلَدِ المُلَاعَنَةِ حُوِّلَتِ الجِنَايَةُ إِلَىٰ الأُخْرَىٰ وَقَعَ

قوله: وَالْأَصْلُ الَّذِي يُخَرَّجُ عَلَيْهِ أَنْ يُقَالَ: حَالُ القَاتِلِ إِذَا تَبَدَّلَ حُكْمًا فَانْتَقَلَ وَلَاؤُهُ إِلَىٰ وَلَاءٍ، قوله: فَانْتَقَلَ، بيان التبدل، وصورته: إذا تزوَّج عبدٌ بمعتقة قومٍ فولدت منه أولادًا يكون ولاء الأولاد لموالي الأمِّ، فإذا جنى الولد فالجناية علىٰ عاقلة الأمِّ، فإذا تحمَّلوا عنه ثمَّ عتق الأب جرَّ ولاء الولد إلىٰ نفسه بسببٍ حادثٍ وهو العتق، فلا ينتقل جنايته.

قوله: وَإِنْ ظَهَرَتْ حَالَةٌ خَفِيَّةٌ مِثْلُ دَعْوَةِ وَلَدِ المُلَاعَنَةِ، يعني إذا قتلَ ابن الملاعنة رجلًا خطأً فعقلت منه عاقلةُ الأمِّ ثمَّ ادَّعاه الأب يثبتُ منه نسبه، ورجعت عاقلة الأمِّ بما أدَّت علىٰ عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأمِّ علىٰ عاقلة الأب،

الْقَضَاءُ بِهَا أَوْ لَمْ يَقَعْ، وَلَوْ لَمْ يَخْتَلِفْ حَالُ الْجَانِي وَلٰكِنَّ الْعَاقِلَةَ تَبَدَّلَتْ كَانَ الِاعْتِبَارُ فِي ذٰلِكَ لِوَقْتِ الْقَضَاءِ، فَإِنْ كَانَ قَضَىٰ بِهَا عَلَىٰ الْأُولَىٰ لَمْ تَنْتَقِلْ إِلَىٰ الثَّانِيَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَضَىٰ بِهَا عَلَىٰ الْأُولَىٰ فَإِنَّهُ يَقْضِي بِهَا عَلَىٰ الثَّانِيَةِ، وَإِنْ كَانَتِ الْعَاقِلَةُ وَاحِدَةً فَلَحِقَهَا زِيَادَةٌ أَوْ نُقْصَانٌ اشْتَرَكُوا فِي حُكْمِ الْجِنَايَةِ قَبْلَ الْقَضَاءِ وَبَعْدَهُ إِلَّا فِيمَا سَبَقَ

لأنَّهُ تبيَّن أنَّ الديةَ واجبةٌ عليهم، لأنَّهُ عند إكذاب الأب نفسه يظهرُ أنَّ النسب لم يزل كان ثابتًا من الأب، لأنَّ النسب يثبت منه من وقت العلوق لا من وقت الدعوة، فتبيَّن به أنَّ عقلَ جنايته كان علىٰ عاقلة أبيه، وأنَّ قوم الأمِّ تحملوا عن قوم الأب مضطرين في ذلك بإلزام القاضي فيرجعون عليهم، فصار حالهم مع عاقلة الأب كحال وليِّ الجناية، وقد مرَّ أنَّ التأجيل ثمَّة من وقت القضاء لا من وقت الجناية، فكذا هنا، وإنَّما يرجعون في ثلاث سنين لأنَّهم أدُّوا هكذا.

قوله: وَلَوْ لَمْ يَخْتَلِفْ حَالُ الْجَانِي وَلٰكِنَّ الْعَاقِلَةَ تَبَدَّلَتْ كَانَ الِاعْتِبَارُ فِي ذٰلِكَ لِوَقْتِ الْقَضَاءِ، نظيره ما إذا كان القاتلُ من أهل الكوفة وله بِها عطاءٌ ولم يقض بالدية علىٰ عاقلته حتَّىٰ حوَّل ديوانه إلى البصرة فإنه يقضىٰ بالدية علىٰ عاقلته من أهل البصرة، وعلىٰ قول زفر رحمه الله تعالىٰ يقضىٰ علىٰ عاقلته من أهل الكوفة، وهو روايةٌ عن أبي يوسفَ رحمه الله تعالىٰ أيضًا.

قوله: وَإِنْ كَانَتِ الْعَاقِلَةُ وَاحِدَةً فَلَحِقَهَا زِيَادَةٌ أَوْ نُقْصَانٌ اشْتَرَكُوا فِي حُكْمِ الْجِنَايَةِ قَبْلَ الْقَضَاءِ وَبَعْدَهُ، نظير الزيادة ما حوَّل ديوانه إلى العاقلة بعد القضاء عليه يشاركهم المضمومُ إليهم فيما يؤدُّون بعد التحويل، ونظير النقصان ما إذا قلَّت العاقلة حتَّىٰ يصيب الرجل في عطائه ثلاثة دراهمَ أو أربعة دراهمَ وقد كان يصيبه قبل النقصان

أَدَاؤُهُ فَمَنْ أَحْكَمَ هٰذَا الأَصْلَ مُتَأَمِّلًا يُمْكِنُهُ التَّخْرِيجُ فِيمَا وَرَدَ عَلَيْهِ مِنَ النَّظَائِرِ وَالْأَضْدَادِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

***

أقلَّ من ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم، وإن قلت العاقلة حتَّىٰ يصيب الرجل أكثر من ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم ضمَّ إليهم أقربُ القبائل في النسب، حتَّىٰ يصيبه في عطائه ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم، وهذا لأنَّ في إيجاب الزيادة عليهم إجحافًا بِهم، ولأنه متى حزبَهم ولا يتمكَّنون من دفع ذلك عنهم بأنفسهم فإنَّما يستعينون بأقرب القبائل إليهم فكانوا في بعض الأحوال يستنصرون بِهم عند الحاجة، فلذلك يضمون إليهم في تحمُّل العقل عند الحاجة. والله تعالىٰ أعلم.

***

كِتَابُ الوَصَايَا

بَابٌ فِي صِفَةِ الوَصِيَّةِ مَا يَجُوزُ مِنْ ذٰلِكَ، وَمَا يُسْتَحَبُّ مِنْهُ، وَمَا يَكُونُ رُجُوعًا عَنْهُ

قَالَ: (الْوَصِيَّةُ غَيْرُ وَاجِبَةٍ وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ) ....

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك، وما يستحب منه، وما يكون رجوعًا عنه

قوله: الوَصِيَّةُ غَيْرُ وَاجِبَةٍ، إنَّما ذكر قوله: وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ، بعد قوله: غَيْرُ وَاجِبَةٍ، لنفي قول بعض الناس: الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممَّن لا يرثون فرضٌ، وعند بعضهم الوصية واجبةٌ علىٰ كل واحدٍ ممن له ثروةٌ ويسار، واستدَلُّوا بظاهر قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] والمكتوب علينا يكون فرضًا، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا يحلُّ لرجل يؤمنُ بالله واليوم الآخر إذا كان له مالٌ يريد الوصيةَ فيه أن يبيتَ ليلتين إلَّا ووصيته مكتوبةٌ

وَالْقِيَاسُ يَأْبَىٰ جَوَازَهَا لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ مُضَافٌ إِلَىٰ حَالِ زَوَالِ مَالِكِيَّتِهِ، وَلَوْ أُضِيفَ إِلَىٰ حَالِ قِيَامِهَا بِأَنْ قِيلَ مَلَّكْتُكَ غَدًا كَانَ بَاطِلًا فَهٰذَا أَوْلَىٰ، إِلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّاهُ لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهَا، فَإِنَّ الإِنْسَانَ مَغْرُورٌ بِأَمَلِهِ مُقَصِّرٌ فِي عَمَلِهِ، فَإِذَا عَرَضَ لَهُ المَرَضُ وَخَافَ البَيَانَ يَحْتَاجُ إِلَىٰ تَلَافِي بَعْضِ مَا فَرَّطَ مِنْهُ مِنَ التَّفْرِيطِ بِمَالِهِ عَلَىٰ وَجْهٍ لَوْ مَضَىٰ فِيهِ يَتَحَقَّقُ مَقْصِدُهُ المَآلِيُّ، وَلَوْ أَنْهَضَهُ البُرْءُ يَصْرِفُهُ إِلَىٰ مَطْلَبِهِ الحَالِيِّ، وَفِي

عندَ رأسه»، ولنا أنَّها مشروعةٌ لنا لا علينا، وما شرعَ لنا يكون مندوبًا وهي تبرُّعٌ بعد الوفاة فيعتبر بالتبرُّع في حال الحياة، وما تلوه منسوخٌ بآية المواريث، وما رووا فهو شاذٌّ فيما تعمُّ به البلوىٰ، والوجوب لا يثبت بمثله، ثمَّ هو محمولٌ علىٰ أنه كان في الابتداء قبل نزول آية المواريث، أو المراد أنَّ ذلك لا يليقُ بطريق الاحتياط، أو الأخذ بمكارم الأخلاق، كقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحلُّ لرجلٍ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره طاوٍ إلىٰ جنبه».

قوله: وَالْقِيَاسُ يَأْبَىٰ جَوَازَهَا، لِمَا ذكر من الدليل، أو لأنَّها لو جازت فإمَّا أن يزول عن ملك الموصي ويدخل في ملك الموصى له قبل القبول، كالإرث وهو باطلٌ، لأنَّهُ لا قدرةَ له علىٰ إزالة ملكه إلىٰ غيره إلَّا برضاه، أو يزولُ عن ملك الموصي ولا يصلُ في ملك الموصى له ما لم يقبل، وفيه جعل كونه مملوكًا بلا مالكٍ، أو يزولُ عن ملك الموصي بل يبقىٰ على حكم ملكه إلىٰ أن يقبل، وهو باطلٌ أيضًا، لأنَّ الميِّت ليسَ بأهلٍ للملك إلا أنَّا استحسنا جوازها بالكتاب، وهو قوله تعالىٰ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٢]، والسُّنةُ وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إنَّ الله تعالى تصدَّق عليكم بثُلث أموالكم في آخر أعماركم، الحديث»، وإجماع الأمة، ولحاجة بعض الناس.

شَرْعِ الوَصِيَّةِ ذٰلِكَ فَشَرَعْنَاهُ، وَمِثْلُهُ فِي الإِجَارَةِ بَيَّنَّاهُ، وَقَدْ تَبْقَىٰ المَالِكِيَّةُ بَعْدَ المَوْتِ بِاعْتِبَارِ الحَاجَةِ كَمَا فِي قَدْرِ التَّجْهِيزِ وَالدَّيْنِ، وَقَدْ نَطَقَ بِهِ الكِتَابُ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢] وَالسُّنَّةُ وَهُوَ قَوْلُ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّ اللهَ تَعَالَىٰ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ تَضَعُونَهَا حَيْثُ شِئْتُمْ» أَوْ قَالَ «حَيْثُ أَحْبَبْتُمْ» وَعَلَيْهِ إِجْمَاعُ الأُمَّةِ. ثُمَّ تَصِحُّ لِلْأَجْنَبِيِّ فِي الثُّلُثِ مِنْ غَيْرِ إِجَازَةِ الوَرَثَةِ لِمَا رَوَيْنَا، وَسَنُبَيِّنُ مَا هُوَ الأَفْضَلُ فِيهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ بِمَا زَادَ عَلَىٰ الثُّلُثِ) لِقَوْلِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي حَدِيثِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ» بَعْدَ مَا نَفَىٰ وَصِيَّتَهُ بِالْكُلِّ وَالنِّصْفِ، وَلِأَنَّهُ حَقُّ الوَرَثَةِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ انْعَقَدَ سَبَبُ الزَّوَالِ إِلَيْهِمْ وَهُوَ اسْتِغْنَاؤُهُ عَنِ المَالِ فَأَوْجَبَ

قوله: وَمِثْلُهُ فِي الإِجَارَةِ بَيَّنَّاهُ، وهو أنَّ القياسَ يأبىٰ جواز الإجارة، لأنَّها بيع المعدوم، إلَّا أنَّا جوَّزناها باعتبار حاجة الناس.

قوله: فِي حَدِيثِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وفي بعض النسخ: سعد بن مالكٍ رضيَ الله عنه، رُويَ أنه قال في مرضه لرسول الله عليه الصلاة والسلام: أفأوصي بكلِّ مالي؟ فقال: لا، قال: أفأوصي بنصف مالي؟ قال: لا، قال: أفأوصي بثلث مالي؟ قال: الثلثُ، والثلثُ كثيرٌ، أي لا تستقل الثلثَ، والثلث كثيرٌ كافٍ.

تَعَلُّقَ حَقِّهِمْ بِهِ، إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يُظْهِرْهُ فِي حَقِّ الأَجَانِبِ بِقَدْرِ الثُّلُثِ لِيَتَدَارَكَ مَصِيرَهُ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، وَأَظْهَرَهُ فِي حَقِّ الوَرَثَةِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يُتَصَدَّقُ بِهِ عَلَيْهِمْ تَحَرُّزًا عَمَّا يَتَّفِقُ مِنَ الإِيثَارِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ، وَقَدْ جَاءَ فِي الحَدِيثِ «الْحَيْفُ فِي الوَصِيَّةِ مِنْ أَكْبَرِ الكَبَائِرِ» وَفَسَّرُوهُ بِالزِّيَادَةِ عَلَىٰ الثُّلُثِ وَبِالْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنَّ يُجِيزَهُ الوَرَثَةُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَهُمْ كِبَارٌ) لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ وَهُمْ أَسْقَطُوهُ (وَلَا مُعْتَبَرَ بِإِجَازَتِهِمْ فِي حَالِ حَيَاتِهِ) لِأَنَّهَا قَبْلَ ثُبُوتِ الحَقِّ إِذِ الحَقُّ يَثْبُتُ عِنْدَ المَوْتِ فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ المَوْتِ لِأَنَّهُ بَعْدَ ثُبُوتِ الحَقِّ فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا عَنْهُ، لِأَنَّ السَّاقِطَ مُتَلَاشٍ. غَايَةُ الأَمْرِ أَنَّهُ يُسْتَنَد عِنْدَ الإِجَازَةِ، لَٰكِنَّ الِاسْتِنَادَ

قوله: لِأَنَّ السَّاقِطَ مُتَلَاشٍ، متصل بقوله: فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ، أي كان لهم أن يردُّوا ما أجازوا في حال حياة مورثهم، لأنَّ إجازتَهم في ذلك كانت ساقطةً غير معتبرةً لعدم مصادفتها محلَّها، وكل ساقطٍ متلاشٍ فلا يتوقَّف إلىٰ موت المورث حتَّىٰ تنقلب معتبرةً بعد الموت.

قوله: غَايَةُ الأَمْرِ أَنَّهُ يُسْتَنَدُ - أي ثبوت الحق يستند - عِنْدَ الإِجَازَةِ، إلىٰ ما بعد الموت، أي إذا أجازه الورثة يستند ثبوت الحق في الزائد على الثلث للموصىٰ له إلىٰ أوَّل المرض، لأنَّ حقَّ الورثة يتعلق بالتَّركة من أوَّل المرض، وهم بالإجازة أسقطوا حقَّهم في الزائد على الثلث، فثبتَ أنَّ الإجازة لاقت محلَّها فلم يكن لهم أن يردُّوه بعد الموت، وفي بعض النسخ: عند الاستغناء، مكان قوله: عند الإجازة، فعلىٰ هذا يكون المعنىٰ: غاية

يَظْهَرُ فِي حَقِّ القَائِمِ وَهٰذَا قَدْ مَضَىٰ وَتَلَاشَىٰ، وَلِأَنَّ الحَقِيقَةَ تَثْبُتُ عِنْدَ المَوْتِ وَقَبْلَهُ يَثْبُتُ مُجَرَّدُ الحَقِّ، فَلَوِ اسْتَنَدَ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ يَنْقَلِبُ حَقِيقَةً قَبْلَهُ، وَالرِّضَا بِبُطْلَانِ الحَقِّ لَا يَكُونُ رِضًا بِبُطْلَانِ الحَقِيقَةِ وَكَذَا إِنْ كَانَتِ الوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ وَأَجَازَهُ البَقِيَّةُ فَحُكْمُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ. (وَكُلُّ مَا جَازَ بِإِجَازَةِ الوَارِثِ يَتَمَلَّكُهُ المُجَازُ لَهُ مِنْ قِبَلِ المُوصِي) عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ مِنْ قِبَلِ الوَارِثِ، وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا لِأَنَّ السَّبَبَ

الأمر أنَّ ثبوت الحقِّ للوارث يستندُ عند الموت إلىٰ أوَّل المرض فيكون إجازة الورثة حالَ حياة الموصي حالَ ثبوت الحقِّ، فكان ينبغي أن تصحَّ الإجازة ولا تردُّ بعد الموت لكن الاستناد يظهرُ في القائم، وَهٰذَا قَدْ مَضَىٰ وَتَلَاشَىٰ، أي الإجازة قبل الموت تلاشت واضمحلت فلا يظهر هذا الاستناد في حقه فلا يعتبر.

قوله: وَلِأَنَّ الحَقِيقَةَ تَثْبُتُ عِنْدَ المَوْتِ، أي ولأنَّ حقيقة الملك للورثة إنَّما تثبتُ بعد موت الموصي وقبله يثبت مجرَّد الحقِّ، فلو استندت حقيقة الملك عند الإجازة في حال حياة الموصي لزمَ ثبوتُ الملك حقيقةً للموصى له في الزيادة على الثلث بدون إجازة الورثة، لأنَّ إجازتَهم حال حياة الموصي إنَّما لاقت حقَّ الملك لهم لا حقيقة الملك، فلو استندت من كل وجهٍ وانقلب حقُّ الملك حقيقةً يلزمُ ثبوت الملك للموصى له في الزائد على الثلث بدون رضاهم، إذ الرضا ببطلان الحقِّ لا يكون رضا ببطلان الحقيقة.

قوله: فَحُكْمُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ، أي تعتبر الإجازة بعد الموت لا قبله.

قوله: وَكُلُّ مَا جَازَ بِإِجَازَةِ الوَارِثِ يَتَمَلَّكُهُ المُجَازُ لَهُ مِنْ قِبَلِ المُوصِي، عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ مِنْ قِبَلِ الوَارِثِ، وثمرةُ هذا الاختلاف تظهرُ في مسائلَ:

صَدَرَ مِنَ المُوصِي، وَالْإِجَازَةُ رَفْعُ المَانِعِ وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ القَبْضُ فَصَارَ كَالْمُرْتَهَنِ إِذَا أَجَازَ بَيْعَ الرَّاهِنِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ لِلْقَاتِلِ عَامِدًا كَانَ أَوْ خَاطِئًا بَعْدَ أَنْ كَانَ مُبَاشِرًا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا وَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ» وَلِأَنَّهُ اسْتَعْجَلَ مَا أَخَّرَهُ اللهُ تَعَالَىٰ فَيَحْرُمُ الوَصِيَّةُ كَمَا يَحْرُمُ المِيرَاثُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجُوزُ لِلْقَاتِلِ وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ ثُمَّ إِنَّهُ قَتَلَ المُوصِيَ تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ لَا تَبْطُلُ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ فِي الفَصْلَيْنِ مَا بَيَّنَّاهُ (وَلَوْ أَجَازَتْهَا الوَرَثَةُ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا تَجُوزُ) لِأَنَّ جِنَايَتَهُ بَاقِيَةٌ وَالِامْتِنَاعُ لِأَجْلِهَا. وَلَهُمَا أَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّ الوَرَثَةِ لِأَنَّ نَفْعَ بُطْلَانِهَا يَعُودُ إِلَيْهِمْ كَنَفْعِ بُطْلَانِ المِيرَاثِ،

حتَّى صحت هذه الإجازة عندنا في مشاعٍ يحتملُ القسمةَ، ويصير ملكًا للموصى له قبل التسليم، ويجبر الوارثُ على التسليم بعد الإجازة، وعند الشافعي ينفذُ هبته من الوارث، حتى أنه إن سلم إليه يصحُّ، وإن لم يسلم إليه بطلت ولا يجبر عليه، كذا في المبسوط، والصحيح قولنا، لأنَّ الإجازة لإزالة المانع، والحكم يضافُ إلى السبب لا إلىٰ إزالة المانع.

قوله: وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ القَبْضُ، أي عندنا، لأنَّ المجاز له يملكه من جهة الموصي لا من جهة الوارث فلا يشترطُ القبض.

قوله: لِأَنَّ نَفْعَ بُطْلَانِهَا يَعُودُ إِلَيْهِمْ كَنَفْعِ بُطْلَانِ المِيرَاثِ، إنَّما جمع بينهما بطريق التشبيه من حيث مجرَّد النفع العائد إليهم عند بطلانِها لا غير، وإن كان بينهما

وَلِأَنَّهُمْ لَا يَرْضَوْنَهَا لِلْقَاتِلِ كَمَا لَا يَرْضَوْنَهَا لِأَحَدِهِمْ.

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ لِوَارِثِهِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّ اللهَ تَعَالَىٰ أَعْطَىٰ كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، أَلَا لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ» وَلِأَنَّهُ يَتَأَذَّىٰ البَعْض بِإِيثَارِ البَعْضِ فَفِي تَجْوِيزِهِ قَطِيعَةُ الرَّحِمِ وَلِأَنَّهُ حَيْفٌ بِالْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ، وَيُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا أَوْ غَيْرَ وَارِثٍ وَقْتَ المَوْتِ لَا وَقْتَ

افتِراقٌ من حيث إنَّ الوصيةَ لو لحقتها الإجازة تصحُّ، والميراث لا يصحُّ وإن أجيزوا، وإنَّما افتَرقا لأنَّ إجازة العبد وردَّه إنَّما يعملُ فيما كان من جهة العبد، والوصية تمليكٌ من جهة العبد فجازَ أن تعملَ الإجازة فيها، ولا كذلك الميراثُ لأنَّهُ من جهة الشرع لا صنعَ للعبد فيه فلا تعملُ فيه إجازة العبد لذلك، والمعنىٰ أنَّ نفع بطلانِها لمَّا كان عائدًا إليهم كان الموصى به سقط حقهم والورثة بالإجازة أسقطوا حقهم فيجوز قوله، ولأنَّهم لا يرضونَها للقاتل، وهذا التعليلُ لبيان أنَّ امتناع وصية القاتل لحقِّ الورثة باعتبار أنَّهم لا يرضونَها ظاهرًا كما لا يرضونَها لأحدهم، ثمَّ الورثة لو رضوا بالوصية لأحدهم تجوز فكذا للقاتل، وما قاله أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ لأنَّ جنايته باقيةٌ والامتناع لأجلها أي حرمانه كان بطريق العقوبة، قلنا: لا نسلم أنه كان بطريق العقوبة، ألا ترىٰ أنه يستوي فيه الخاطئُ والعامدُ وإن كان الخاطئ لا يستحقُّ العقوبةَ، وإنَّما حرمانه دفعًا للغيظ عن الورثة حتى لا يشاركهم في مال أبيهم من سعىٰ في قتله، وهذا ينعدمُ بإجازة الورثة، وأمَّا الصبيُّ فهو بمعزلٍ من الغيظ لقصورِ عقله فلا يغيظُ فعله الورثة مثل غيظ البالغ إيَّاهم، فلا يثبت في حقِّ ما ثبتَ في البالغ.

قوله: وَيُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا أَوْ غَيْرَ وَارِثٍ وَقْتَ المَوْتِ، حتَّىٰ لو أوصىٰ لأخيه ولا ابنَ له ثمَّ ولدَ له ابنٌ تصحُّ وصيته لأخيه، بخلاف ما لو أوصىٰ لأخيه وله ابنٌ ثمَّ ماتَ

الوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ مُضَافٌ إِلَىٰ مَا بَعْدَ المَوْتِ، وَحُكْمُهُ يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ. وَالْهِبَةُ مِنَ المَرِيضِ لِلْوَارِثِ فِي هٰذَا نَظِيرُ الوَصِيَّةِ) لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ حُكْمًا حَتَّىٰ تَنْفُذَ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِقْرَارُ المَرِيضِ لِلْوَارِثِ عَلَىٰ عَكْسِهِ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي الحَالِ فَيُعْتَبَرُ ذٰلِكَ وَقْتَ الإِقْرَارِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ تُجِيزَهَا الوَرَثَةُ) وَيُرْوَىٰ هٰذَا الِاسْتِثْنَاءُ فِيمَا رَوَيْنَاهُ، وَلِأَنَّ

ابنه تبطلُ الوصية، وفي فتاوىٰ قاضي خان: ولو أوصىٰ لأخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثًا، لأنَّهم لا يرثون مع الابن، فإن كان له بنتٌ مكان الابن جازت الوصية للأخ لأبٍ وللأخ لأمٍّ وتبطلُ الوصية للأخ لأبٍ وأمٍّ، لأنَّهُ يرث مع البنت، وإن لم يكن له ابنٌ ولا بنتٌ كانت الوصية كلها للأخ، لأنَّهُ لا يرثه، وتبطلُ الوصية للأخ لأبٍ وأمٍّ وللأخ لأمٍّ، لأنَّهما يرثانه.

قوله: وَإِقْرَارُ المَرِيضِ لِلْوَارِثِ عَلَىٰ عَكْسِهِ، أي يعتبر كونه وارثًا أو غير وارثٍ وقتَ الإقرار، حتَّىٰ لو صارَ وارثًا بسبب تجدُّدٍ بعد الإقرار صحَّ الإقرارُ، كما إذا أقرَّ لأجنبيةٍ ثمَّ تزوَّجها، وإن ورثَ بسببٍ كان قائمًا وقت الإقرار لم يصح الإقرار، كما إذا أقرَّ لأخيه وله ابنٌ ثمَّ ماتَ الابن قبله حتَّىٰ صار الأخ وارثًا بطل إقراره له عندنا، وقال زفر رحمه الله تعالىٰ: إقراره صحيحٌ، لأنَّ الإقرار موجب للحقِّ بنفسه فإنَّما ينظر إلىٰ حالة الإقرار وقد حصلَ لمن ليسَ هو بوارثٍ فلا يبطلُ بصيرورته وارثًا بعد ذلك، كما لو أقرَّ لأجنبيةٍ ثم تزوَّجها، وبهذا فارقَ الهبةَ والوصيةَ لأنَّهُ مضافٌ إلىٰ ما بعد الموت حقيقةً أو حكمًا، ولنا أنه وارثٌ بسببٍ كان قائمًا وقت الإقرار فتبيَّن أنَّ إقراره حصلَ لوارثه وذلك باطلٌ، وهذا لأنَّ الحكمَ مضافٌ إلىٰ سببه، فإذا كان السببُ قائمًا وقتَ الإقرار تثبتُ صفة الوراثة للمقرِّ له من ذلك الوقت، بخلاف الأجنبيَّة إذا تزوَّجها لأنَّها صارت وارثةً بسبب

الِامْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ فَتَجُوزُ بِإِجَازَتِهِمْ؛ وَلَوْ أَجَازَ بَعْضٌ وَرَدَّ بَعْضٌ تَجُوزُ عَلَىٰ الْمُجِيزِ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ لِوِلَايَتِهِ عَلَيْهِ وَبَطَلَ فِي حَقِّ الرَّادِّ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يُوصِيَ الْمُسْلِمُ لِلْكَافِرِ وَالْكَافِرُ لِلْمُسْلِمِ) فَالْأُولَىٰ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٨] الآيَةَ. وَالثَّانِي لِأَنَّهُمْ بِعَقْدِ الذِّمَّةِ سَاوَوُا الْمُسْلِمِينَ فِي الْمُعَامَلَاتِ وَلِهَذَا جَازَ التَّبَرُّعُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ فَكَذَا بَعْدَ الْمَمَاتِ (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ الْوَصِيَّةُ لِأَهْلِ الْحَرْبِ بَاطِلَةٌ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٩] الآيَةَ.

حادثٍ بعد الإقرار، والحكمُ لا يسبقُ سببه فلا يتبيَّن أنَّ الإقرار حين حصلَ كان للوارث، وبخلاف ما لو أقرَّ لابنه بدينٍ وابنه عبدٌ ثمَّ أعتق ثمَّ مات الأبُ وهو من ورثته فإقراره بالدين جائزٌ، لأنَّ كسب العبد لمولاه، فهذا الإقرار حصل عن المريض في المعنى للمولى وإنه أجنبيٌّ منه، وبأن صار العبد من ورثته بسببٍ قائمٍ وقت الإقرار لا يبطل ذلك الإقرار.

قوله: وَيَجُوزُ أَنْ يُوصِيَ الْمُسْلِمُ لِلْكَافِرِ، أرادَ به الذميَّ بدليل التعليل، ورواية الجامع الصغير أنَّ الوصيةَ لأهل الحرب باطلةٌ، ولا يقال: الوصيةُ أخت الميراث والكافر لا يرثُ من المسلم، لأنَّ الوصيةَ ليست بميراثٍ مطلقًا، لأنَّها تشبه الهبةَ من حيث إنه يملك بتمليك الموصي فألحقناه بالهبة، وفي الجامع الصغير: الوصيةُ للحربيِّ هو في دارهم باطلةٌ، لأنَّها برٌّ وصلةٌ وقد نُهينا عن برٍّ من يقاتلنا لقوله تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٩] الآية، وفي السير الكبير: ما يدلُّ على الجواز،

قَالَ: (وَقَبُولُ الوَصِيَّةِ بَعْدَ المَوْتِ فَإِنْ قَبِلَهَا المُوصَىٰ لَهُ حَالَ الحَيَاةِ أَوْ رَدَّهَا فَذٰلِكَ بَاطِلٌ) لِأَنَّ أَوَانَ ثُبُوتِ حُكْمِهِ بَعْدَ المَوْتِ لِتَعَلُّقِهِ بِهِ فَلَا يُعْتَبَرُ قَبْلَهُ كَمَا لَا يُعْتَبَرُ قَبْلَ العَقْدِ.

قَالَ: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُوصِيَ الإِنْسَانُ بِدُونِ الثُّلُثِ) سَوَاءٌ كَانَتِ الوَرَثَةُ أَغْنِيَاءَ أَوْ فُقَرَاءَ، لِأَنَّ فِي التَّنْقِيصِ صِلَةَ القَرِيبِ بِتَرْكِ مَا لَهُ عَلَيْهِمْ، بِخِلَافِ اسْتِكْمَالِ الثُّلُثِ، لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءُ تَمَامِ حَقِّهِ فَلَا صِلَةَ وَلَا مِنَّةَ، ثُمَّ الوَصِيَّةُ بِأَقَلَّ مِنَ الثُّلُثِ أَوْلَىٰ أَمْ تَرْكُهَا؟ قَالُوا: إِنْ كَانَتِ الوَرَثَةُ فُقَرَاءَ وَلَا يَسْتَغْنُونَ بِمَا يَرِثُونَ فَالتَّرْكُ أَوْلَىٰ لِمَا فِيهِ مِنَ الصَّدَقَةِ عَلَىٰ القَرِيبِ. وَقَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ عَلَىٰ ذِي الرَّحِمِ الكَاشِحِ» وَلِأَنَّ فِيهِ رِعَايَةَ حَقِّ الفُقَرَاءِ وَالْقَرَابَةِ جَمِيعًا، وَإِنْ

ووجه التوفيق أنه لا ينبغي أن يفعل، فإن فعلَ جازَ.

قوله: وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُوصِيَ الإِنْسَانُ بِدُونِ الثُّلُثِ، رُوِيَ عن أبي بكر وعُمر رضي الله عنهما أنَّهما قالا: لَأَن يوصى بالخُمس أحبُّ إلينا من أن يوصى بالرُّبع، ولَأَن يوصى بالربع أحبُّ إلينا من أن يوصى بالثُّلث، الكَاشِحِ، العدوُّ الذي أعْرَض ولاكَ كشحه، الكشحُ ما بين الخاصرة إلى الضلع، وقيل: الكاشح العدوُّ الذي أضْمَر العداوة في كشحه، وإنَّما جعل هذا التصرف أفْضَل لأنَّ التصدُّق على المحبِّ الصديق ممَّا تُميلُ إليه النفسُ لمحبته وصداقته، وفي القريب: الكاشح المنظورُ إليه هو معنى القرابة لا غير مع مخالفة نفسه، لأنَّ نفسه لا تدعوه إلى التصدق عليه، فكان ترجيح معنى القرابة في الإحسان أوْلَى من ترجيح جانب المحبة، خصوصًا مَا إذا كان ذلك متضمنًا مخالفةَ النفس وقهرها، فكان

كَانُوا أَغْنِيَاءَ أَوْ يَسْتَغْنُونَ بِنَصِيبِهِمْ فَالْوَصِيَّةُ أَوْلَىٰ لِأَنَّهُ يَكُونُ صَدَقَةً عَلَىٰ الأَجْنَبِيِّ، وَالتَّرْكُ هِبَةٌ مِنَ القَرِيبِ وَالأُولَىٰ أَوْلَىٰ لِأَنَّهُ يَبْتَغِي بِهَا وَجْهَ اللهِ تَعَالَىٰ. وَقِيلَ فِي هٰذَا الوَجْهِ يُخَيَّرُ لِاشْتِمَالِ كُلٍّ مِنْهُمَا عَلَىٰ فَضِيلَةٍ وَهُوَ الصَّدَقَةُ وَالصِّلَةُ فَيُخَيَّرُ بَيْنَ الخَيْرَيْنِ.

قَالَ: (وَالْمُوصَىٰ بِهِ يُمْلَكُ بِالْقَبُولِ) خِلَافًا لِزُفَرَ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ. هُوَ يَقُولُ: الوَصِيَّةُ أُخْتُ المِيرَاثِ، إِذْ كُلٌّ مِنْهُمَا خِلَافَةٌ لِمَا أَنَّهُ انْتِقَالٌ، ثُمَّ الإِرْثُ يَثْبُتُ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ فَكَذٰلِكَ الوَصِيَّةُ. وَلَنَا أَنَّ الوَصِيَّةَ إِثْبَاتُ مِلْكٍ جَدِيدٍ، وَلِهٰذَا لَا يُرَدُّ المُوصَىٰ لَهُ بِالْعَيْبِ، وَلَا يُرَدُّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ، وَلَا يَمْلِكُ أَحَدٌ إِثْبَاتَ المِلْكِ لِغَيْرِهِ إِلَّا بِقَبُولِهِ، أَمَّا الوِرَاثَةُ فَخِلَافَةٌ حَتَّىٰ يَثْبُتَ فِيهَا هٰذِهِ الأَحْكَامُ فَيَثْبُتُ جَبْرًا مِنَ الشَّرْعِ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ.

قَالَ: (إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ أَنْ يَمُوتَ المُوصِي ثُمَّ يَمُوتَ المُوصَىٰ

هو أَوْلىٰ لا محالةَ.

قوله: وَالْمُوصَىٰ بِهِ يُمْلَكُ بِالْقَبُولِ، أي بالقبول بعد موت الموصي، وبعد القبول يلزمه ولا يصحُّ ردُّه علىٰ ورثته بلا رضاهم، لأنَّهُ بالردِّ مملِّكٌ لهم.

قوله: إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ، وهو أن يموت الوصيُّ ثمَّ يموت الموصىٰ له قبل القبول فيدخل الموصىٰ به في ملك ورثته استحسانًا، والقياسُ أن يبطل الوصية، وفي بعض المواضع القياسُ أن يكون ورثته بمنزلته في الردِّ والقبول، وفي الاستحسان يلزمهم ذلك

لَهُ قَبْلَ القَبُولِ فَيَدْخُلُ المُوصَىٰ بِهِ فِي مِلْكِ وَرَثَتِهِ) اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ تَبْطُلَ الوَصِيَّةُ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ المِلْكَ مَوْقُوفٌ عَلَىٰ القَبُولِ فَصَارَ كَمَوْتِ المُشْتَرِي قَبْلَ قَبُولِهِ بَعْدَ إيجَابِ البَائِعِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الوَصِيَّةَ مِنْ جَانِبِ المُوصِي قَدْ تَمَّتْ بِمَوْتِهِ تَمَامًا لَا يَلْحَقُهُ الفَسْخُ مِنْ جِهَتِهِ، وَإِنَّمَا تَوَقَّفَتْ لِحَقِّ المُوصَىٰ لَهُ، فَإِذَا مَاتَ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ كَمَا فِي البَيْعِ المَشْرُوطِ فِيهِ الخِيَارُ إِذَا مَاتَ قَبْلَ الإِجَازَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ لَمْ تَجُزِ الوَصِيَّةُ) لِأَنَّ الدَّيْنَ يُقَدَّمُ عَلَىٰ الوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ أَهَمُّ الحَاجَتَيْنِ فَإِنَّهُ فَرْضٌ وَالْوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ، وَأَبَدًا يُبْدَأُ بِالْأَهَمِّ فَالْأَهَمِّ. (إِلَّا أَنْ يُبَرِّئَهُ الغُرَمَاءُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ الدَّيْنُ فَتَنْفُذُ الوَصِيَّةُ عَلَىٰ الحَدِّ المَشْرُوعِ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهَا.

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَصِحُّ إِذَا كَانَ فِي وُجُوهِ

ردُّوا أو قبلوا.

قوله: وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ، أي سواءٌ ماتَ قبل الإدراك أو بعده، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: تصحُّ إذا كان في وجوه الخير، لأَنَّهُ نظرَ له لصرفه إلىٰ نفسه في نيل الزلفىٰ، قال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: علىٰ هذه النكتة لا يلزمني عدم صحة إسلامه، فإنَّ إسلامه لا يصحُّ بنفسه، وقبول الهبة والصدقة لا تصحُّ منه معَ أنَّ في كل منهما نظرًا له، لأنَّ ما فيه منفعة الصبي إذا أمْكَن تحصيله له بوليِّه لا يعتبر فيه عقله ورُشْده والإسلام يحصل له بغيره، وكذلك قبول الهبة والصدقة، فأمَّا اكتساب الأجر بالوصية فلا يمكنُ

الخَيْرِ لِأَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَجَازَ وَصِيَّةَ يَفَاعٍ أَوْ يَافَاعٍ وَهُوَ الَّذِي رَاهَقَ الحُلُمَ، وَلِأَنَّهُ نَظَرَ لَهُ بِصَرْفِهِ إِلَىٰ نَفْسِهِ فِي نَيْلِ الزُّلْفَىٰ، وَلَوْ لَمْ تَنْفُذْ يَبْقَىٰ عَلَىٰ غَيْرِهِ. وَلَنَا أَنَّهُ تَبَرُّعٌ وَالصَّبِيُّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ، وَلِأَنَّ قَوْلَهُ غَيْرُ مَلْزُومٍ وَفِي تَصْحِيحِ وَصِيَّتِهِ قَوْلٌ بِإِلْزَامِ قَوْلِهِ وَالْأَثَرُ مَحْمُولٌ عَلَىٰ أَنَّهُ كَانَ قَرِيبَ العَهْدِ بِالْحُلُمِ مَجَازًا أَوْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ فِي تَجْهِيزِهِ وَأَمْرِ دَفْنِهِ، وَذٰلِكَ جَائِزٌ عِنْدَنَا، وَهُوَ يُحْرِزُ الثَّوَابَ بِالتَّرْكِ عَلَىٰ وَرَثَتِهِ كَمَا بَيَّنَّاهُ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي النَّفْعِ وَالضَّرَرِ النَّظَرُ إِلَىٰ أَوْضَاعِ التَّصَرُّفَاتِ لَا إِلَىٰ مَا يَتَّفِقُ بِحُكْمِ الحَالِ اعْتَبَرَهُ بِالطَّلَاقِ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ وَلَا وَصِيَّهُ وَإِنْ كَانَ يَتَّفِقُ نَافِعًا فِي بَعْضِ الأَحْوَالِ، وَكَذَا إِذَا أَوْصَىٰ ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ الإِدْرَاكِ لِعَدَمِ الأَهْلِيَّةِ وَقْتَ المُبَاشَرَةِ وَكَذَا إِذَا قَالَ إِذَا أَدْرَكْتُ فَثُلُثُ مَالِي لِفُلَانٍ وَصِيَّةٌ لِقُصُورِ أَهْلِيَّتِهِ فَلَا يَمْلِكُهُ تَنْجِيزًا وَتَعْلِيقًا كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، بِخِلَافِ العَبْدِ وَالْمُكَاتَبِ لِأَنَّ أَهْلِيَّتَهُمَا

تحصيله له بغيره.

قوله: وَالْأَثَرُ مَحْمُولٌ عَلَىٰ أَنَّهُ كَانَ قَرِيبَ العَهْدِ بِالْحُلُمِ مَجَازًا، يعني كان هو بالغًا ولكن كان لم يمض علىٰ بلوغه زمانٌ كثيرٌ، ومثله يسمَّىٰ مراهقًا بطريق المجاز، ألا ترىٰ أنَّ عُمر رضي الله عنه لم يستفسر أنَّ وصيته كانت لعمل القربة أو لغيره، كذا في المبسوط.

قوله: كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، أي لا يملكهما تنجيزًا أو تعليقًا.

مُسْتَتِمَّةٌ وَالْمَانِعُ حَقُّ المَوْلَىٰ فَتَصِحُّ إِضَافَتُهُ إِلَىٰ حَالِ سُقُوطِهِ.

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ المُكَاتَبِ وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً) لِأَنَّ مَالَهُ لَا يَقْبَلُ التَّبَرُّعَ، وَقِيلَ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا تَصِحُّ، وَعِنْدَهُمَا تَصِحُّ رَدًّا لَهَا إِلَىٰ مُكَاتَبٍ يَقُولُ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فِيمَا أَسْتَقْبِلُ فَهُوَ حُرٌّ ثُمَّ عَتَقَ فَمَلَكَ، وَالْخِلَافُ فِيهَا مَعْرُوفٌ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

قَالَ: (وَتَجُوزُ الوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ وَبِالْحَمْلِ إِذَا وُضِعَ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الوَصِيَّةِ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّ الوَصِيَّةَ اسْتِخْلَافٌ مِنْ وَجْهٍ لِأَنَّهُ

قوله: فَتَصِحُّ إِضَافَتُهُ إِلَىٰ حَالِ سُقُوطِهِ، كما إذا قال: إذا أُعتقتُ فثلث مالي لفلانٍ.

قوله: رَدًّا لَهَا إِلَىٰ مُكَاتَبٍ يَقُولُ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فِيمَا أَسْتَقْبِلُ فَهُوَ حُرٌّ ثُمَّ عَتَقَ فَمَلَكَ، وَالْخِلَافُ فِيهَا مَعْرُوفٌ، أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لا يعتقُ، وعندهما يعتق.

قوله: وَتَجُوزُ الوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ وَبِالْحَمْلِ إِذَا وُضِعَ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الوَصِيَّةِ، وفي الجامع الصغير للتمرتاشي: أوصىٰ لرجلٍ بما في بطن أمته أو دابته صحَّ إذا ولدته لأقلَّ من ستة أشهرٍ، لعلمنا بوجوده عند موت الموصي، ثمَّ قال: الوصيةُ بما في البطن جائزةٌ إذا ولدت لأقلَّ من ستة أشهرٍ من موت الموصي لعلمنا بوجوده وقتئذٍ، والطحاوي يعتبر المدَّةَ من وقت الوصية في الوصية للحمل وبالحمل، فإن ولدت لأكثرَ من ستة أشهرٍ فلا وصيةَ له، إلا إذا كانت الأمُّ معتدَّةً فله الوصية إذا ولدت إلىٰ سنتين للحكم بوجوده بثبات نسبه، وصاحب الهداية اختارَ قول الطحاوي حيث قال: إذا ولدت لأقلَّ من ستة أشهرٍ من وقت الوصية. فإن قيل: الوصيةُ تحتاجُ إلى القبول وهو ليسَ من

يَجْعَلُهُ خَلِيفَةً فِي بَعْضِ مَالِهِ وَالْجَنِينُ صَلَحَ خَلِيفَةً فِي الإِرْثِ فَكَذَا فِي الوَصِيَّةِ إِذْ هِيَ أُخْتُهُ، إِلَّا أَنْ يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَىٰ التَّمْلِيكِ، بِخِلَافِ الهِبَةِ، لِأَنَّـهَا تَمْلِيكٌ مَحْضٌ وَلَا وِلَايَةَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ لِيُمَلِّكَهُ شَيْئًا. وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّهُ بِعَرَضِ الوُجُودِ، إِذِ الكَلَامُ فِيمَا إِذَا عُلِمَ وُجُودُهُ وَقْتَ الوَصِيَّةِ، وَبَابُهَا أَوْسَعُ لِحَاجَةِ المَيِّتِ وَعَجْزِهِ، وَلِهٰذَا تَصِحُّ فِي غَيْرِ المَوْجُودِ كَالثَّمَرَةِ فَلَأَنْ تَصِحَّ فِي المَوْجُودِ أَوْلَىٰ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ بِجَارِيَةٍ إِلَّا حَمْلَهَا صَحَّتِ الوَصِيَّةُ وَالِاسْتِثْنَاءُ) لِأَنَّ اسْمَ الجَارِيَةِ لَا يَتَنَاوَلُ الحَمْلَ لَفْظًا وَلٰكِنَّهُ يَسْتَحِقُّ بِالْإِطْلَاقِ تَبَعًا، فَإِذَا أَفْرَدَ الأُمَّ بِالْوَصِيَّةِ صَحَّ إِفْرَادُهَا، وَلِأَنَّـهُ يَصِحُّ إِفْرَادُ الحَمْلِ بِالْوَصِيَّةِ فَجَازَ اسْتِثْنَاؤُهُ، وَهٰذَا هُوَ الأَصْلُ أَنَّ مَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنْهُ، إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا، وَمَا لَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ لَا

أهل القبول؟ قلنا: الوصيةُ تشبه الميراثَ وتشبه الهبة لما بينا، فلشبهها بالهبة إذا حصلت لمن يتصوَّر القبولَ منه يشترط القبول، ولشبهها بالإرث لا يشترط القبول إذا حصلت لمن لا يتصوَّر منه القبول، عملًا بالشبهين.

قوله: إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا، إذ يعتمدُ كلُّ واحد منهما علىٰ أن يكون المحلُّ معلومًا، فكما لا يصح إيراد العقد على المجهول لا يصحُّ استثناء المجهول منه، وهذا لأنَّ الاستثناء هو المنع فما يصحُّ إثبات الحكم فيه على الانفراد يصحُّ منع الحكم عنه، والاستثناءُ ههنا موجودٌ لأنَّ باب الوصية أوْسَعُ، فالحملُ وإن كان يدخل في الجارية بطريق التبعية يجعله بمنزلة ما تناوله اللفظ في حقِّ صحَّة الاستثناء لتوسُّع باب الوصية، كما يجعل المعدوم

يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنْهُ، وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْمُوصِي الرُّجُوعُ عَنِ الوَصِيَّةِ) لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَمْ يَتِمَّ فَجَازَ الرُّجُوعُ عَنْهُ كَالْهِبَةِ وَقَدْ حَقَقْنَاهُ فِي كِتَابِ الهِبَةِ، وَلِأَنَّ القَبُولَ يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ المَوْتِ وَالْإِيجَابُ يَصِحُّ إِبْطَالُهُ قَبْلَ القَبُولِ كَمَا فِي البَيْعِ.

قَالَ: (وَإِذَا صَرَّحَ بِالرُّجُوعِ أَوْ فَعَلَ مَا يَدُلُّ عَلَىٰ الرُّجُوعِ كَانَ رُجُوعًا)

فيه موجودًا لهذا المعنىٰ.

قوله: وَإِذَا صَرَّحَ بِالرُّجُوعِ أَوْ فَعَلَ مَا يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ كَانَ رُجُوعًا، أمَّا الصريحُ فمثل قوله: رجعتُ عمَّا أوصيتُ به لفلانٍ أو نحوه، وفي الذخيرة: والرجوع قد يثبتُ صريحًا، وقد يثبت دلالةً، وقد يثبت ضرورةً، والرجوعُ دلالةً أنواعٌ: أحدها: استهلاك الموصى به حقيقةً أو حكمًا، حتَّىٰ إنَّ من أوصىٰ لإنسان بثوبٍ فقطعه وخاطه قميصًا، أو أوْصىٰ بقطن فغزله ونسجه، أو أوْصىٰ بحديدةٍ فاتَّخذ منها سيفًا، فهذه التصرفات دلالة الرجوع لأنَّها استهلاك العين حكمًا، ألا ترىٰ أنه ينقطع ملك المغصوب منه بِهذه التصرفات، ونوعٌ من ذلك أن يخلط الموصى به بغيره خلطًا لا يمكن التمييز أصلًا، كما إذا كان الموصى به سويقًا فلته بسمنٍ، ونوعٌ من ذلك أن يحدث نقصانًا في الموصى به حتَّىٰ خرج الموصى به عن هيئة الادخار والبقاء إلىٰ يوم الموت، كما إذا أوصىٰ بشاةٍ لإنسانٍ ثمَّ ذبحها فهذا رجوعٌ عن الوصية، وأمَّا الرجوع ضرورةً أن يتغير الموصىٰ به ويتغيَّر اسمه، لأنَّ الموصى له إنَّما يستحقُّ الموصى به بعد موت الموصي بذلك الإيجاب وبذلك الاسم، فإذا تغيَّر الموصىٰ به وتغيَّر الاسم لو استحقَّ الموصى له لا يكون الاستحقاق بذلك الاسم، بيانُ هذا إذا أوْصىٰ بحنطةٍ لإنسان فهبَّت الريح بالحنطة وألْقَتها في الطاحونة قبل موت الموصي حتى صارت دقيقًا بطلت الوصيَّة، كذا إذا أوْصىٰ

أَمَّا الصَّرِيحُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا الدَّلَالَةُ لِأَنَّهَا تَعْمَلُ عَمَلَ الصَّرِيحِ فَقَامَ مَقَامَ قَوْلِهِ «قَدْ أَبْطَلْتُ»، وَصَارَ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ فَإِنَّهُ يَبْطُلُ الخِيَارُ فِيهِ بِالدَّلَالَةِ، ثُمَّ كُلُّ فِعْلٍ لَوْ فَعَلَهُ الإِنْسَانُ فِي مِلْكِ الغَيْرِ يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ المَالِكِ، فَإِذَا فَعَلَهُ المُوصِي كَانَ رُجُوعًا، وَقَدْ عَدَدْنَا هٰذِهِ الأَفَاعِيلَ فِي كِتَابِ الغَصْبِ. وَكُلُّ فِعْلٍ يُوجِبُ زِيَادَةً فِي المُوصَىٰ بِهِ وَلَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُ العَيْنِ إِلَّا بِهَا فَهُوَ رُجُوعٌ إِذَا فَعَلَهُ، مِثْلُ السَّوِيقِ يَلُتُّهُ بِالسَّمْنِ، وَالدَّارِ يَبْنِي فِيهِ المُوصِي، وَالْقُطْنِ يَحْشُو بِهِ، وَالْبِطَانَةِ يُبَطِّنُ بِهَا وَالظِّهَارَةِ يُظَهِّرُ بِهَا، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُهُ بِدُونِ الزِّيَادَةِ، وَلَا يُمْكِنُ نَقْضُهَا لِأَنَّهُ حَصَلَ فِي مِلْكِ المُوصِي مِنْ جِهَتِهِ، بِخِلَافِ تَخْصِيصِ الدَّارِ المُوصَىٰ بِهَا وَهَدْمِ بِنَائِهَا لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي التَّابِعِ،

بالكفرّىٰ في نخلةٍ فصار رطبًا قبل موت الموصي، أو أوْصىٰ بعنبٍ في كرمه فصار زبيبًا قبل موت الموصي، أو أوْصىٰ ببيضةٍ فحضنت دجاجته على البيضة حتى أخرجت فراريخ قبل موت الموصي، بطلت الوصية، وإن كان التغير في هذه المسائل بعد موت الموصي قبل قبول الوصية أو بعده لا تبطل الوصية، لأنَّ التغيُّر حصل بعد تمام الوصية وعملها، لأنَّ تمام الوصية بالموت فلا يوجبُ بطلانُها، ولو أوْصى برطبٍ فصار تمرًا قبل موت الموصي لا تبطل الوصية استحسانًا، بخلاف ما إذا أوْصىٰ بعنبٍ فصار زبيبًا، والفرقُ أنَّ الرطب مع التمر جنسٌ واحدٌ، ولهذا جاز استيفاء أحدهما مكان الآخر في السلم، ولهذا جاز بيع الرطب بالتمر متماثلًا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ فلم يتغيَّر الموصىٰ به، وأمَّا في فصل العنب الموصىٰ به قد تغيَّر وكذلك الاسم.

وَكُلُّ تَصَرُّفٍ أَوْجَبَ زَوَالَ مِلْكِ المُوصِي فَهُوَ رُجُوعٌ، كَمَا إِذَا بَاعَ العَيْنَ المُوصَىٰ بِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ أَوْ وَهَبَهُ ثُمَّ رَجَعَ فِيهِ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ لَا تَنْفُذُ إِلَّا فِي مِلْكِهِ، فَإِذَا أَزَالَهُ كَانَ رُجُوعًا. وَذَبْحُ الشَّاةِ المُوصَىٰ بِهَا رُجُوعٌ لِأَنَّهُ لِلصَّرْفِ إِلَىٰ حَاجَتِهِ عَادَةً، فَصَارَ هٰذَا المَعْنَىٰ أَصْلًا أَيْضًا، وَغَسْلُ الثَّوْبِ المُوصَىٰ بِهِ لَا يَكُونُ رُجُوعًا لِأَنَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يُعْطِيَ ثَوْبَهُ غَيْرَهُ يَغْسِلُهُ عَادَةً فَكَانَ تَقْرِيرًا.

قَالَ: (وَإِنْ جَحَدَ الوَصِيَّةَ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا) كَذَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَكُونُ رُجُوعًا، لِأَنَّ الرُّجُوعَ نَفْيٌ فِي الحَالِ وَالْجُحُودَ نَفْيٌ فِي المَاضِي وَالْحَالِ، فَأَوْلَىٰ أَنْ يَكُونَ رُجُوعًا، وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ

قوله: فَكَانَ تَقْرِيرًا، أي تقريرًا للوصية ليصلَ الموصىٰ به إلى الموصى له علىٰ أَلْطَفِ حالٍ.

قوله: وَإِنْ جَحَدَ الوَصِيَّةَ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا، كذا ذكر في الجامع الكبير، وذكر في المبسوط: أنه رجوعٌ، قيل: ما ذكره في الجامع الكبير محمولٌ علىٰ أنَّ الجحود كان عند غيبة الموصى له، وهذا لا يكون رجوعًا على الرِّوايات كلها، وما ذكر في المبسوط محمولٌ علىٰ أنَّ الجحودَ كان عند حضرة الموصى له وعند حضرته يكون رجوعًا، وقيل في المسئلة روايتان، وقيل ما ذكر في الجامع قول محمدٍ، وما ذكر في المبسوط قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، وهو الأصحُّ، لأبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنَّ الرجوعَ نفي الوصية في الحال والجحودُ نفيٌ في الماضي والحال، فأَوْلَى أن يكون رجوعًا، ألا ترىٰ أنَّ جحود التوكيل عزلٌ وجحود المتابعين إقالةٌ، ولمحمدٍ رحمه الله تعالىٰ أنَّ الرجوع عن

الْجُحُودَ نَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالِانْتِفَاءُ فِي الْحَالِ ضَرُورَةُ ذٰلِكَ، وَإِذَا كَانَ ثَابِتًا فِي الْحَالِ كَانَ الْجُحُودُ لَغْوًا، أَوْ لِأَنَّ الرُّجُوعَ إِثْبَاتٌ فِي الْمَاضِي وَنَفْيٌ فِي الْحَالِ وَالْجُحُودَ نَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالْحَالِ فَلَا يَكُونُ رُجُوعًا حَقِيقَةً وَلِهٰذَا لَا يَكُونُ جُحُودُ النِّكَاحِ فُرْقَةً (وَلَوْ قَالَ كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوْصَيْتُ بِهَا لِفُلَانٍ فَهُوَ حَرَامٌ وَرِبًا لَا يَكُونُ رُجُوعًا) لِأَنَّ الْوَصْفَ يَسْتَدْعِي بَقَاءَ الْأَصْلِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: فَهِيَ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُ الذَّاهِبُ الْمُتَلَاشِي (وَلَوْ قَالَ أَخَّرْتُهَا لَا يَكُونُ رُجُوعًا) لِأَنَّ التَّأْخِيرَ لَيْسَ لِلسُّقُوطِ كَتَأْخِيرِ الدَّيْنِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ تَرَكْتُ) لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ (وَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ الَّذِي أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ فَهُوَ لِفُلَانٍ كَانَ رُجُوعًا)

الشيءِ يقتضي سبق وجود ذلك الشيء وجحود الشيء يقتضي سبق عدمه، إذ الجحود نفي أصل العقد، فلو كان الجحود رجوعًا لاقتضىٰ وجود الوصية وعدمها فيما سبقَ، وهو محالٌ، أو يقال: العدم في السابق من لوازم الجحود والوجود في السابق من لوازم الرجوع، وتنافي اللّازمين يستلزم تنافي الملزومين، وإلّا يلزمُ أحد المحالين وهو الجمع بين اللازمين المتنافيين، أو وجود الملزوم بدون اللازم، فكان بين الرجوع والجحود منافاةٌ ضرورة كونِهما ملزومين فلا يكون الجحود رجوعًا، لأنَّ أحد المتنافيين لا يكون مستلزمًا للآخر، ولهذا لا يكون جحد النكاح فرقةً.

قوله: **وَإِذَا كَانَ ثَابِتًا فِي الْحَالِ كَانَ الْجُحُودُ لَغْوًا**، وذلك لأنَّ الجحود لمَّا كان نفيًا في الماضي والانتفاء في الحال ضروريٌّ فيكون النفيُ في الماضي متضمِّنًا للانتفاء في الحال، فمهما كان كاذبًا في النفي لم يثبت المتضمَّن، وإذا لم يثبت هو لم يثبت المتضمن فيبقى الحق ثابتًا في الحال.

لِأَنَّ اللَّفْظَ يَدُلُّ عَلَىٰ قَطْعِ الشَّرِكَةِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ بِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ أَوْصَىٰ بِهِ لِآخَرَ) لِأَنَّ المَحِلَّ يَحْتَمِلُ الشَّرِكَةَ وَاللَّفْظَ صَالِحٌ لَهَا (وَكَذَا إِذَا قَالَ فَهُوَ لِفُلَانٍ وَارِثِي يَكُونُ رُجُوعًا عَنِ الأَوَّلِ) لِمَا بَيَّنَّا وَيَكُونُ وَصِيَّةً لِلْوَارِثِ. وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُ (وَلَوْ كَانَ فُلَانٌ الآخَرُ مَيِّتًا حِينَ أَوْصَىٰ فَالْوَصِيَّةُ الأُولَىٰ عَلَىٰ حَالِهَا) لِأَنَّ الوَصِيَّةَ الأُولَىٰ إِنَّمَا تَبْطُلُ ضَرُورَةَ كَوْنِهَا لِلثَّانِي وَلَمْ يَتَحَقَّقْ فَبَقِيَ لِلْأَوَّلِ (وَلَوْ كَانَ فُلَانٌ حِينَ قَالَ ذٰلِكَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ المُوصِي فَهِيَ لِلْوَرَثَةِ) لِبُطْلَانِ الوَصِيَّتَيْنِ الأُولَىٰ بِالرُّجُوعِ وَالثَّانِيَةِ بِالْمَوْتِ.

قوله: لِأَنَّ اللَّفْظَ يَدُلُّ عَلَىٰ قَطْعِ الشَّرِكَةِ، وهذا لأنَّ هذا اللفظَ يقطعُ شركة الأوَّل عن الثاني، بخلاف ما لو أوْصىٰ به لرجلٍ ثمَّ أوْصىٰ به لآخرٍ لأنَّ اللفظَ لا يقتضي قطع الشركة، ولهذا لو جمع بينهما بأن قال: هو لفلانٍ ولفلانٍ، لا يقطعُ شركة الأوَّل.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُ، وهو أنَّ الورثة بالخيار إن شاءوا أجازوا وإن شاءوا ردُّوا.

قوله: فَهِيَ لِلْوَرَثَةِ، أي لورثة الموصي لا لفلان ولا لورثته. والله تعالىٰ أعلم.

بَابُ الوَصِيَّةِ بِثُلُثِ المَالِ

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلِآخَرَ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ يَضِيقُ الثُّلُثُ عَنْ حَقِّهِمَا إِذْ لَا يُزَادُ عَلَيْهِ عِنْدَ عَدَمِ الإِجَازَةِ عَلَىٰ مَا تَقَدَّمَ وَقَدْ تَسَاوَيَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ، وَالْمَحِلُّ يَقْبَلُ الشَّرِكَةَ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا (وَإِنْ أَوْصَىٰ لِأَحَدِهِمَا بِالثُّلُثِ وَلِلْآخَرِ بِالسُّدُسِ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا يُدْلِي بِسَبَبٍ صَحِيحٍ وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْ حَقَّيْهِمَا فَيَقْتَسِمَانِهِ عَلَىٰ قَدْرِ حَقَّيْهِمَا كَمَا فِي أَصْحَابِ الدُّيُونِ فَيُجْعَلُ الأَقَلُّ سَهْمًا وَالأَكْثَرُ سَهْمَيْنِ فَصَارَ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ: سَهْمٌ لِصَاحِبِ الأَقَلِّ وَسَهْمَانِ لِصَاحِبِ الأَكْثَرِ (وَإِنْ أَوْصَىٰ لِأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِ مَالِهِ وَلِلْآخَرِ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ، فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ عِنْدَهُمَا. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، وَلَا يَضْرِبُ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِلْمُوصَىٰ لَهُ بِمَا زَادَ عَلَىٰ الثُّلُثِ

باب الوصية بثلث المال

قوله: وَلَا يَضْرِبُ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ لِلْمُوصَىٰ لَهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ،

إِلَّا فِي المُحَابَاةِ وَالسِّعَايَةِ وَالدَّرَاهِمِ المُرْسَلَةِ) لَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ أَنَّ المُوصِي قَصَدَ شَيْئَيْنِ الِاسْتِحْقَاقَ وَالتَّفْضِيلَ، وَامْتَنَعَ الِاسْتِحْقَاقُ لِحَقِّ الوَرَثَةِ وَلَا مَانِعَ مِنَ التَّفْضِيلِ فَيَثْبُتُ كَمَا فِي المُحَابَاةِ وَأُخْتَيْهَا. وَلَهُ أَنَّ الوَصِيَّةَ وَقَعَتْ بِغَيْرِ المَشْرُوعِ عِنْدَ عَدَمِ الإِجَازَةِ مِنَ الوَرَثَةِ، إِذْ لَا نَفَاذَ لَهَا بِحَالٍ فَيَبْطُلُ أَصْلًا، وَالتَّفْضِيلُ يَثْبُتُ فِي ضِمْنِ الِاسْتِحْقَاقِ

قالوا: ضرب في ماله سهمًا، أي جعل، وعلىٰ هذا في المختصر: أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ لا يضرب الموصى له فيما زادَ على الثلث، علىٰ حذف المفعول، كأنه قيل: لا يجعل له شيئًا فيه ولا يعطيه، كذا في المغرب.

قوله: إِلَّا فِي المُحَابَاةِ، وصورتُها أن يكون له عبدان قيمة أحدهما ألف ومائةٌ وقيمة الآخر ست مائةٍ، وأوْصىٰ بأن يباع واحدٌ منهما لفلانٍ بمائةٍ والآخر لفلانٍ آخر بمائةٍ، فهٰهنا قد حصلت المحاباة لأحدهما بألف وللآخر بخمس مائةٍ، وذلك كله وصيةٌ لأَنَّهُ في حال المرض، فإن لم يكن له مالٌ غير هذين العبدين ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث، فيكون بينهما أثلاثًا يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته، وهيَ الألفُ والموصىٰ له الآخر بحسب وصيته وهيَ خمس مائةٍ، فلو كان هذا كسائر الوصايا علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ وَجَبَ أن لا يضرب الموصى له بالألف بجميع الألف لأنَّها تزيد علىٰ ثلث المال، وصورة السعاية أن يوصى بعتق عبديه وقيمة أحدهما ألفٌ وقيمة الآخر ألفان ولا مالَ له غيرهما، إن أجازت الورثة يعتقان جميعًا، وإن لم يجزوا يعتقان من الثلث وثلث ماله ألفٌ فالألفُ بينهما علىٰ قدر وصيتهما ثلثا الألف للذي قيمته ألفان ويسعىٰ في الباقي والثلث للذي قيمته ألف ويسعىٰ في الباقي.

قوله: وَالدَّرَاهِمِ المُرْسَلَةِ، أي المطلقة وهيَ ما كانت وصيةً بشيء بغير عينه ولم

فَبَطَلَ بِبُطْلَانِهِ كَالْمُحَابَاةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمْنِ الْبَيْعِ، بِخِلَافِ مَوَاضِعِ الإِجْمَاعِ لِأَنَّ لَهَا نَفَاذًا فِي الْجُمْلَةِ بِدُونِ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ بِأَنْ كَانَ فِي الْمَالِ سَعَةٌ فَتُعْتَبَرُ فِي التَّفَاضُلِ لِكَوْنِهِ مَشْرُوعًا فِي الْجُمْلَةِ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ. وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ بِعَيْنٍ مِنْ تَرِكَتِهِ وَقِيمَتُهُ تَزِيدُ عَلَىٰ الثُّلُثِ فَإِنَّهُ يَضْرِبُ بِالثُّلُثِ وَإِنِ احْتَمَلَ أَنْ يَزِيدَ الْمَالُ فَيَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ، لِأَنَّ هُنَاكَ الْحَقُّ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ التَّرِكَةِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ هَلَكَ

ينسب إلىٰ جزء من المال، وهيَ أن يوصى لرجل بألفٍ وللآخر بألفين وثلث ماله ألف درهمٍ ولم تجز الورثة فإنه يكون بينهما أثلاثًا، كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته، لأنَّ الوصية في مخرجها صحيحةٌ لجواز أن يكون له مالٌ آخر يخرج هذا القدر من الثلث، ولا كذلك فيما إذا أوْصىٰ له بثلث ماله وللآخر بنصف ماله أو بجميع ماله، لأنَّ اللفظ في مخرجه لم يصح، لأنَّ ماله لو كثر أو خرج له مالٌ آخر تدخل فيه تلك الوصية، ولا يخرج من الثلث، كذا في شرح الطحاوي.

قوله: كَالْمُحَابَاةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمْنِ الْبَيْعِ، أي تبطلُ المحاباة ببطلان البيع وتصحُّ بصحته.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ بِعَيْنٍ مِنْ تَرِكَتِهِ وَقِيمَتُهُ تَزِيدُ عَلَى الثُّلُثِ فَإِنَّهُ يَضْرِبُ بِالثُّلُثِ وَإِنِ احْتَمَلَ أَنْ يَزِيدَ الْمَالُ فَيَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ، لِأَنَّ هُنَاكَ الْحَقُّ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ التَّرِكَةِ، أي حقُّ الموصى له تعلَّق بعين التَّركة، بدليل أنه لو هلكَ واستفادَ مالًا آخر تبطل الوصية، وحقُّ الورثة متعلقٌ بعين التَّركة أيضًا فيما زادَ على الثلث فيبطلُ حقه فيما زاد على الثلث، لاستحالة اجتماع الحقَّين، بخلاف الألف المرسلة لأنَّ الوصيةَ فيها لا

وَاسْتَفَادَ مَالًا آخَرَ تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ، وَفِي الأَلْفِ المُرْسَلَةِ لَوْ هَلَكَتِ التَّرِكَةُ تَنْفُذُ فِيمَا يُسْتَفَادُ فَلَمْ يَكُنْ مُتَعَلِّقًا بِعَيْنِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الوَرَثَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَوْصَىٰ بِنَصِيبِ ابْنِهِ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ. وَلَوْ أَوْصَىٰ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ جَازَ) لِأَنَّ الأَوَّلَ وَصِيَّةٌ بِمَالِ الغَيْرِ، لِأَنَّ نَصِيبَ الِابْنِ مَا يُصِيبُهُ بَعْدَ المَوْتِ وَالثَّانِيَ وَصِيَّةٌ بِمِثْلِ نَصِيبِ الِابْنِ وَمِثْلُ الشَّيْءِ غَيْرُهُ وَإِنْ كَانَ يَتَقَدَّرُ بِهِ فَيَجُوزُ، وَقَالَ زُفَرُ: يَجُوزُ فِي الأَوَّلِ أَيْضًا فَيُنْظَرُ إِلَىٰ الحَالِ وَالْكُلُّ مَالُهُ فِيهِ وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ أَخَسُّ سِهَامِ الوَرَثَةِ إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ عَنِ السُّدُسِ فَيَتِمَّ لَهُ السُّدُسُ وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

تتعلق بعين التَّركة، ولهذا لو هلكت ينفذُ فيما يستفادُ فلم يكن متعلِّقًا بعينِ ما تعلَّقَ به حقُّ الورثة فلا يلزم بطلانه.

قوله: وَإِذَا أَوْصَىٰ بِنَصِيبِ ابْنِهِ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ، وكذا لو أَوْصىٰ بنصيب ابنته، هذا إذا كان الابنُ أو الابنة موجودًا، أمَّا إذا لم يكن فالوصية جائزةٌ.

قوله: فَيُنْظَرُ إِلَى الحَالِ، أي فنظر زُفر رحمه الله تعالىٰ إلى الحال، أي إلىٰ أنَّ الكلَّ ماله في الحال وذكرَ نصيب الابن للتقدير.

قوله: وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا، أي أنه وصيةٌ بمال الغير.

قوله: وَمَنْ أَوْصَىٰ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ أَخَسُّ سِهَامِ الوَرَثَةِ إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ عَنِ السُّدُسِ فَيَتِمَّ لَهُ السُّدُسُ وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، فهذه

- رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِ الوَرَثَةِ وَلَا يُزَادُ عَلَىٰ الثُّلُثِ إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الوَرَثَةُ) لِأَنَّ السَّهْمَ يُرَادُ بِهِ أَحَدَ سِهَامِ الوَرَثَةِ عُرْفًا لَا سِيَّمَا فِي الوَصِيَّةِ، وَالأَقَلُّ مُتَيَقَّنٌ بِهِ فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ، إِلَّا إِذَا زَادَ عَلَىٰ الثُّلُثِ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَا مَزِيدَ عَلَيْهِ عِنْدَ عَدَمِ إِجَازَةِ الوَرَثَةِ. وَلَهُ أَنَّ السَّهْمَ هُوَ السُّدُسُ هُوَ المَرْوِيُّ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَقَدْ رَفَعَهُ إِلَىٰ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِيمَا يُرْوَىٰ، وَلِأَنَّهُ

الرواية تفيدُ أنه لا ينقصُ عن السدس ولا يزاد عليه، وفي المبسوط: إذا أوصىٰ لرجل من ماله فله مثلُ أخسِّ سهام ورثته إلا أن يكون أخسُّ سهام الورثة أكثرَ من السدس فلا يزادُ عليه في قولِ أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وقال في الجامع الصغير: له أخسُّ سهام الورثة إلا أن يكون أقلَّ من السدس فحينئذٍ يعطىٰ له السُّدس، فعلى رواية الأصل جوَّز أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ النقصانَ عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس، وعلىٰ رواية الجامع الصغير جوَّز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس، ورواية الهداية تخالفهما حيث لم يجوز الزيادة ولا النقصان، وقيل: عن هذا ألحق بِهذا الموضع الإمامُ جلال الدين ابن المصنف قوله: وفي روايةٍ إلا أن يزيد على السدس فيكون له السدس، **وَقَالَا: لَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِ الوَرَثَةِ**، أي له أقلُّ الأنصباء لكن ذلك الأقلُّ لو زادَ على السدس يزاد عندهما ولكن لا يزادُ على الثلث، صورة هذه المسئلة إذا أَوْصَت المرأة بسهمٍ من مالها ثمَّ ماتت وتركت زوجًا وبنتًا يعطىٰ له السدس في قول أبي حنيفة، وعندهما يعطىٰ له الربع، قوله: **هُوَ المَرْوِيُّ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وَقَدْ رَفَعَهُ إِلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ**، رُوِيَ أنَّ ابن مسعودٍ رضيَ الله عنه سُئِل عمَّن أوصىٰ بسهمٍ من ماله فقال له السُّدس، ورُوِيَ أنَّ رجلًا أَوْصىٰ بسهمٍ من ماله فقضىٰ رسول الله

يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ السُّدُسُ، فَإِنَّ إِيَاسًا قَالَ: السَّهْمُ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ السُّدُسِ، وَيُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ سَهْمٌ مِنْ سِهَامِ الوَرَثَةِ فَيُعْطَىٰ مَا ذَكَرْنَا، قَالُوا: هٰذَا كَانَ فِي عُرْفِهِمْ، وَفِي عُرْفِنَا السَّهْمُ كَالْجُزْءِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَوْصَىٰ بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ قِيلَ لِلْوَرَثَةِ أَعْطُوهُ مَا شِئْتُمْ) لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ يَتَنَاوَلُ القَلِيلَ وَالْكَثِيرَ، غَيْرَ أَنَّ الجَهَالَةَ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الوَصِيَّةِ وَالْوَرَثَةُ قَائِمُونَ مُقَامَ المُوصِي فَإِلَيْهِمُ البَيَانُ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ ثُمَّ قَالَ فِي ذٰلِكَ المَجْلِسِ أَوْ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ لَهُ ثُلُثُ مَالِي وَأَجَازَتِ الوَرَثَةُ فَلَهُ ثُلُثُ المَالِ وَيَدْخُلُ السُّدُسُ فِيهِ، وَمَنْ قَالَ سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ ثُمَّ قَالَ فِي ذٰلِكَ المَجْلِسِ أَوْ فِي غَيْرِهِ سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ فَلَهُ سُدُسٌ وَاحِدٌ) لِأَنَّ السُّدُسَ ذُكِرَ مُعَرَّفًا بِالْإِضَافَةِ إِلَىٰ المَالِ، ....

عليه الصلاة والسلام في ذلك بالسدس.

قوله: فَإِنَّ إِيَاسًا قَالَ: السَّهْمُ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ السُّدُسِ، وهو أياسُ بن معاوية القاضي بالبصرة.

قوله: فَيُعْطَىٰ مَا ذَكَرْنَا، أي الأقلُّ من سهام الورثة ومن السدس للتيقُّن به، أو الأكثرُ منهما كيلا ينقصُ من السدس علىٰ حسب اختلاف الروايتين ورواية هذا الكتاب، إلا أن ينقصَ عن السدس فيتمُّ له السدسُ ولا يزادُ عليه لا يوافقها قوله: فَيُعْطَىٰ مَا ذَكَرْنَا، علىٰ هذا التفسير.

وَالْمَعْرِفَةُ إِذَا أُعِيدَتْ يُرَادُ بِالثَّانِي عَيْنَ الأَوَّلِ هُوَ المَعْهُودُ فِي اللُّغَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ دَرَاهِمِهِ أَوْ بِثُلُثِ غَنَمِهِ فَهَلَكَ ثُلُثَا ذٰلِكَ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ جَمِيعُ مَا بَقِيَ) وَقَالَ زُفَرُ: لَهُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ وَالْمَالُ الْمُشْتَرَكُ يُتْوَىٰ مَا تُوِيَ مِنْهُ عَلَىٰ الشَّرِكَةِ وَيَبْقَىٰ مَا بَقِيَ عَلَيْهَا وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَتِ التَّرِكَةُ أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً. وَلَنَا أَنَّ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ يُمْكِنُ جَمِيعُ حَقِّ أَحَدِهِمْ فِي الوَاحِدِ وَلِهٰذَا يَجْرِي فِيهِ الجَبْرُ عَلَىٰ القِسْمَةِ وَفِيهِ جَمْعٌ وَالْوَصِيَّةُ مُقَدَّمَةٌ فَجَمَعْنَاهَا فِي الوَاحِدِ البَاقِي وَصَارَتِ الدَّرَاهِمُ كَالدِّرْهَمِ، بِخِلَافِ الأَجْنَاسِ المُخْتَلِفَةِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الجَمْعُ

قوله: وَالْمَعْرِفَةُ إِذَا أُعِيدَتْ يُرَادُ بِالثَّانِي عَيْنَ الأَوَّلِ وَهُوَ المَعْهُودُ فِي اللُّغَةِ، أي الأعمُّ الأغلب، أمَّا إذا دلَّ الدليل علىٰ أنه أريد بالثانِي غيرَ الأول لم يكن عينه إذًا كما فِي قوله تعالىٰ: ﴿وَأَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ مُصَدِّقٗا لِّمَا بَيۡنَ يَدَيۡهِ مِنَ ٱلۡكِتَٰبِ﴾ [المائدة: ٤٨].

قوله: وَصَارَتِ الدَّرَاهِمُ كَالدِّرْهَمِ، يعني لو أوْصىٰ بالدرهم الواحد وله ثلاثة دراهمَ فهلك اثنان فله الدرهم الباقي إن خرجَ من ثلث ما بقي من ماله بالاتفاق، فكذا الوصيَّةُ بالدراهم، وإنَّما يصرفُ الهلاكَ أو الاستحقاق على الشركة ويجعل الباقي على الشركة لو استوى الحقَّان ولم يكن أحدهما مرتَّبًا على الآخر وههنا لم يكن مساويًا، لأنَّ حقَّ الموصى له مقدَّمٌ علىٰ حقِّ الورثة فيصرفُ الهلاكَ إلى المؤخر تقديمًا للمقدَّم، بخلاف الأجناس المختلفة حيث لا يمكن جمع نصيب الحقِّ المؤخر في الهلاك، فلهذا

فِيهَا جَبْرًا فَكَذَا تَقْدِيمًا.

قَالَ: (وَلَوْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ ثِيَابِهِ فَهَلَكَ ثُلُثَاهَا وَبَقِيَ ثُلُثُهَا وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ لَمْ يَسْتَحِقَّ إِلَّا ثُلُثَ مَا بَقِيَ مِنَ الثِّيَابِ)، قَالُوا: هٰذَا إِذَا كَانَتِ الثِّيَابُ مِنْ أَجْنَاسٍ مُخْتَلِفَةٍ، وَلَوْ كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّرَاهِمِ، وَكَذٰلِكَ المَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ بِمَنْزِلَتِهَا لِأَنَّهُ يَجْرِي فِيهِ الجَمْعُ جَبْرًا بِالْقِسْمَةِ (وَلَوْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ ثَلَاثَةٍ مِنْ رَقِيقِهِ فَمَاتَ اثْنَانِ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا ثُلُثُ البَاقِي، وَكَذَا الدُّورُ المُخْتَلِفَةُ) وَقِيلَ هٰذَا عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَحْدَهُ لِأَنَّهُ لَا يَرَىٰ الجَبْرَ عَلَىٰ القِسْمَةِ فِيهَا. وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ الكُلِّ لِأَنَّ عِنْدَهُمَا القَاضِي أَنْ يَجْتَهِدَ وَيَجْمَعَ وَبِدُونِ ذٰلِكَ يَتَعَذَّرُ الجَمْعُ، وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ لِلْفِقْهِ المَذْكُورِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَلَهُ مَالٌ عَيْنٌ وَدَيْنٌ، فَإِنْ خَرَجَ

لا يجري فيه الجبر على القسمة، لأنَّ معنى المعاوضة فيه راجحٌ ومبنى المعاوضة على التَّراضي دون الجبر، فلهذا هلكَ ما هلكَ على الشركة وبقي ما بقي عليها.

قوله: وَبِدُونِ ذٰلِكَ يَتَعَذَّرُ الجَمْعُ، يعني الجمعُ إنَّما يتحقَّقُ بقضاء القاضي عن اجتهادٍ عندهما فلا يتحقَّقُ الجمع بدونه بل يتعذَّر، ولا قضاءَ فيما نحنُ فيه فلم يتحقق الجمع إجماعًا، ولكن الأول أشْبَه للفقه المذكور وهو ما سبقَ أنه متىٰ أمكن الجمع جبْرًا أمكن جمعه تقديمًا، ألا ترىٰ أنه أمكن الجمع بدون القضاء عندهما فيما إذا أوْصىٰ بثلث الغنم وثلث الدراهم، فكان الأول أصحُّ.

الأَلْفُ مِنْ ثُلُثِ العَيْنِ دُفِعَ إِلَىٰ المُوصَىٰ لَهُ) لِأَنَّهُ أَمْكَنَ إِيفَاءُ كُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ مِنْ غَيْرِ بَخْسٍ فَيُصَارُ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ دُفِعَ إِلَيْهِ ثُلُثُ العَيْنِ، وَكُلَّمَا خَرَجَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ أَخَذَ ثُلُثَهُ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الأَلْفَ لِأَنَّ المُوصَىٰ لَهُ شَرِيكُ الوَارِثِ، وَفِي تَخْصِيصِهِ بِالْعَيْنِ بَخْسٌ فِي حَقِّ الوَرَثَةِ لِأَنَّ لِلْعَيْنِ فَضْلًا عَنِ الدَّيْنِ، وَلِأَنَّ الدَّيْنَ لَيْسَ بِمَالٍ فِي مُطْلَقِ الحَالِ وَإِنَّمَا يَصِيرُ مَالًا عِنْدَ الِاسْتِيفَاءِ فَإِنَّمَا يَعْتَدِلُ النَّظَرُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو بِثُلُثِ مَالِهِ فَإِذَا عَمْرٌو مَيِّتٌ فَالثُّلُثُ كُلُّهُ لِزَيْدٍ) لِأَنَّ المَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْوَصِيَّةِ فَلَا يُزَاحِمُ الحَيَّ الَّذِي هُوَ مِنْ أَهْلِهَا، كَمَا إِذَا أَوْصَىٰ لِزَيْدٍ وَجِدَارٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِمَوْتِهِ فَلَهُ نِصْفُ الثُّلُثِ، لِأَنَّ الوَصِيَّةَ عِنْدَهُ صَحِيحَةٌ لِعَمْرٍو فَلَمْ يَرْضَ لِلْحَيِّ إِلَّا نِصْفَ الثُّلُثِ بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ بِمَوْتِهِ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ لِلْمَيِّتِ لَغْوٌ فَكَانَ رَاضِيًا بِكُلِّ الثُّلُثِ لِلْحَيِّ، وَإِنْ قَالَ ثُلُثُ

قوله: وَلِأَنَّ الدَّيْنَ لَيْسَ بِمَالٍ فِي مُطْلَقِ الحَالِ، أي الدَّين ليس بمالٍ في الحال إنَّما يصيرُ مالًا في المآل عند الاستيفاء، والعينُ مالٌ مطلقًا في جميع الأحوال.

قوله: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو بِثُلُثِ مَالِهِ فَإِذَا عَمْرٌو مَيِّتٌ - أي وقت الوصية - فَالثُّلُثُ كُلُّهُ لِزَيْدٍ، أمَّا إذا كان حيًّا ثمَّ ماتَ فلزيدٍ نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الموصي إن ماتَ عمرو قبل الموصي، وإن ماتَ بعده فنصيبه من الثلث لورثته.

قوله: لِأَنَّ الوَصِيَّةَ عِنْدَهُ صَحِيحَةٌ، أي عند الموصي.

مَالِي بَيْنَ زَيْدٍ وَعَمْرٍو وَزَيْدٌ مَيِّتٌ كَانَ لِعَمْرٍو نِصْفُ الثُّلُثِ، لِأَنَّ قَضِيَّةَ هٰذَا اللَّفْظِ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الثُّلُثِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّ مَنْ قَالَ ثُلُثُ مَالِي لِزَيْدٍ وَسَكَتَ كَانَ لَهُ كُلُّ الثُّلُثِ، وَلَوْ قَالَ ثُلُثُ مَالِي بَيْنَ فُلَانٍ وَسَكَتَ لَمْ يَسْتَحِقَّ الثُّلُثَ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلَا مَالَ لَهُ وَاكْتَسَبَ مَالًا اسْتَحَقَّ المُوصَىٰ لَهُ ثُلُثَ مَا يَمْلِكُهُ عِنْدَ المَوْتِ) لِأَنَّ الوَصِيَّةَ عَقْدُ اسْتِخْلَافٍ مُضَافٌ إِلَىٰ مَا بَعْدَ المَوْتِ وَيَثْبُتُ حُكْمُهُ بَعْدُ فَيُشْتَرَطُ وُجُودُ المَالِ عِنْدَ المَوْتِ لَا قَبْلَهُ، وَكَذٰلِكَ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ فَهَلَكَ ثُمَّ اكْتَسَبَ مَالًا لِمَا بَيَّنَّا. وَلَوْ أَوْصَىٰ لَهُ بِثُلُثِ غَنَمِهِ فَهَلَكَ الغَنَمُ قَبْلَ مَوْتِهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فِي الأَصْلِ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا: أَنَّهُ إِيجَابٌ بَعْدَ المَوْتِ فَيُعْتَبَرُ قِيَامُهُ حِينَئِذٍ، وَهٰذِهِ الوَصِيَّةُ تَعَلَّقَتْ بِالْعَيْنِ فَتَبْطُلُ بِفَوَاتِهِ عِنْدَ المَوْتِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فَاسْتَفَادَ ثُمَّ مَاتَ فَالصَّحِيحُ أَنَّ الوَصِيَّةَ تَصِحُّ، لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بِلَفْظِ المَالِ تَصِحُّ، فَكَذَا إِذَا كَانَتْ بِاسْمِ نَوْعِهِ، وَهٰذَا لِأَنَّ وُجُودَهُ قَبْلَ المَوْتِ فَضْلٌ وَالْمُعْتَبَرُ قِيَامُهُ عِنْدَ المَوْتِ؛ وَلَوْ قَالَ لَهُ شَاةٌ مِنْ مَالِي وَلَيْسَ لَهُ غَنَمٌ يُعْطِي قِيمَةَ شَاةٍ لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَىٰ المَالِ عَلِمْنَا أَنَّ مُرَادَهُ الوَصِيَّةُ بِمَالِيَّةِ الشَّاةِ إِذْ مَالِيَّتُهَا تُوجَدُ فِي مُطْلَقِ المَالِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ بِشَاةٍ وَلَمْ يُضِفْهُ إِلَىٰ مَالِهِ

وَلَا غَنَمَ قِيلَ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ المُصَحِّحَ إِضَافَتُهُ إِلَىٰ المَالِ وَبِدُونِهَا تُعْتَبَرُ صُورَةُ الشَّاةِ وَمَعْنَاهَا، وَقِيلَ تَصِحُّ لِأَنَّهُ لَمَّا ذَكَرَ الشَّاةَ وَلَيْسَ فِي مِلْكَهُ شَاةٌ عُلِمَ أَنَّ مُرَادَهُ المَالِيَّةُ؛ وَلَوْ قَالَ شَاةٌ مِنْ غَنَمِي وَلَا غَنَمَ لَهُ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَىٰ الغَنَمِ عَلِمْنَا أَنَّ مُرَادَهُ عَيْنُ الشَّاةِ حَيْثُ جَعَلَهَا جُزْءًا مِنَ الغَنَمِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَضَافَهُ إِلَىٰ المَالِ، وَعَلَىٰ هٰذَا يُخَرَّجُ كَثِيرٌ مِنَ المَسَائِلِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ مَالِهِ لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ وَهُنَّ ثَلَاثٌ وَلِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ فَلَهُنَّ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ مِنْ خَمْسَةِ أَسْهُمٍ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُقْسَمُ عَلَىٰ سَبْعَةِ أَسْهُمٍ لَهُنَّ ثَلَاثَةٌ وَلِكُلِّ فَرِيقٍ سَهْمَانِ، وَأَصْلُهُ أَنَّ الوَصِيَّةَ لِأُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ جَائِزَةٌ وَالْفُقَرَاءُ وَالْمَسَاكِينُ

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا يُخَرَّجُ كَثِيرٌ مِنَ المَسَائِلِ، منها ما ذكر في المبسوط: لو قال بقفيز حنطةٍ من مالي أو بثوب من مالي فإنه يصحُّ الإيجاب وإن لم يكن ذلك في ملكه، بخلاف ما إذا قال: من حنطتي أو من ثيابي، فإنه إذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلكَ قبل موته فلا شيءَ للموصى له.

قوله: وَأَصْلُهُ أَنَّ الوَصِيَّةَ لِأُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ جَائِزَةٌ، وفي الذخيرة: إذا أوْصىٰ لأمِّ ولده بثلث ماله في صحته أو في مرضه ثمَّ ماتَ فإنه تصحُّ الوصيةُ لها من الثلث، وهذا استحسانٌ، وكان القياسُ أن لا تصحَّ الوصية لأمِّ الولد لأنَّ الوصيةَ تمليكٌ مضافٌ إلى ما بعدَ الموت، وبعد موت مولاها حال حلول العتق بِها والعتق يحلُّها وهي أمةٌ فتستحقُّ

جِنْسَانِ، وَفَسَّرْنَاهُمَا فِي الزَّكَاةِ، لِمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ المَذْكُورَ لَفْظُ الجَمْعِ وَأَدْنَاهُ فِي المِيرَاثِ اثْنَانِ نَجِد ذٰلِكَ فِي القُرْآنِ فَكَانَ مِنْ

الوصيةَ وهيَ أمةٌ أيضًا فيكون وصيَّة للأمة وهيَ باطلةٌ، وجه الاستحسان أنَّ الوصيةَ مضافةٌ إلىٰ ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بِها بدلالة حال الموصي، لأنَّ الظاهرَ من حال الموصي أنه يقصد بالإيصاء وصيةً صحيحةً لا باطلةً، والوصيةُ إنَّما تصحُّ إن لو كانت مضافةً إلىٰ ما بعد عتقها، وكذا المدبرة، إلا أنه ينظر إن خرجت الوصية ورقبتها من الثلث كان لها ذلك وإلا تصرف الوصية إلى الرقبة، فإن فضل الثلث عنها يكمل لها الثلث، والوصية لعبده بعينٍ لم تجز، لأنَّهُ وصية لمولاه وهو وارثٌ، وبثلث ماله يصحُّ ويكون وصيةً بالعتق.

قوله: لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّ المَذْكُورَ لَفْظُ الجَمْعِ وَأَدْنَاهُ فِي المِيرَاثِ اثْنَانِ، قيَّد بقوله: فِي المِيرَاثِ، احترازًا عن فصل الزكاة، فإنَّ لفظ الجمع هنا ينصرف إلى الواحد بإجماعٍ بين أصحابنا، ثمَّ لمَّا كان لفظ الجمع في الميراث مصروفًا إلى الاثنين والوصيةُ في معنى الميراث من حيث إنَّ كلًّا منهما تمليكُ المال بعد الموت فكان الجمع مصروفًا هناكَ أيضًا إلى الاثنين. فإن قيل: الجمعُ المحلَّىٰ بالألف واللام يبطل فيه معنى الجمع ويصير للجنس؟ قيل له: تخلُّف الحكم عن ذلك الأصل هنا لمعنًى آخر، وهو أنَّ الوصية أختُ الميراث وأقلُّ الجمع في باب الإرث اثنان فكذا في أخته. فإن قيل: إنَّما يتأتَّىٰ هذا الجواب إن لو بقي جمعًا؟ قيل له: إنَّما تبطلُ الجمعية لئلا يلزمُ التنكير والنكارة والجهالة في الوصية متحمَّلةٌ، ولهذا لو أوْصىٰ بثمرة بستانه ولا ثمرةَ له أو بثلث ماله ولا مالَ له ثمَّ استفادَ مالًا صحت الوصية مع الجهالة في أصله وقدره.

قوله: نَجِد ذٰلِكَ فِي القُرْآنِ، قال الله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ﴾ [النساء: ١١] والمراد من الأخوة اثنان فصاعدًا.

كُلِّ فَرِيقٍ اثْنَانِ وَأُمَّهَاتُ الأَوْلَادِ ثَلَاثٌ فَلِهٰذَا يُقْسَمُ عَلَىٰ سَبْعَةٍ. وَلَهُمَا أَنَّ الجَمْعَ المُحَلَّىٰ بِالْأَلِفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الجِنْسُ، وَأَنَّهُ بِتَنَاوُلِ الأَدْنَىٰ مَعَ احْتِمَالِ الكُلِّ، لَا سِيَّمَا عِنْدَ تَعَذُّرِ صَرْفِهِ إِلَىٰ الكُلِّ فَيُعْتَبَرُ مِنْ كُلِّ فَرِيقٍ وَاحِدٌ فَبَلَغَ الحِسَابُ خَمْسَةً وَالثَّلَاثَةُ لِلثَّلَاثِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِهِ لِفُلَانٍ وَلِلْمَسَاكِينِ فَنِصْفُهُ لِفُلَانٍ وَنِصْفُهُ لِلْمَسَاكِينِ عِنْدَهُمَا) وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ثُلُثُهُ لِفُلَانٍ وَثُلُثَاهُ لِلْمَسَاكِينِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ لِلْمَسَاكِينِ لَهُ صَرْفُهُ إِلَىٰ مِسْكِينٍ وَاحِدٍ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ لَا يُصْرَفُ إِلَّا إِلَىٰ مِسْكِينَيْنِ بِنَاءً عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَلِآخَرَ بِمِائَةٍ ثُمَّ قَالَ لِآخَرَ قَدْ أَشْرَكْتُكَ مَعَهُمَا فَلَهُ ثُلُثُ كُلِّ مِائَةٍ) لِأَنَّ الشَّرِكَةَ لِلْمُسَاوَاةِ لُغَةً، وَقَدْ أَمْكَنَ إِثْبَاتُهُ بَيْنَ الكُلِّ بِمَا قُلْنَاهُ لِاتِّحَادِ المَالِ لِأَنَّهُ يُصِيبُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثَا مِائَةٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِأَرْبَعِمِائَةٍ وَلِآخَرَ بِمِائَتَيْنِ ثُمَّ كَانَ الإِشْرَاكُ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَحْقِيقُ المُسَاوَاةِ بَيْنَ الكُلِّ لِتَفَاوُتِ

قوله: ثُمَّ كَانَ الإِشْرَاكُ، أي قال للثالث: أشركتكَ معهما فيما أوصيته لهما، كان له النصف من كل واحد منهما جميعًا لتفاوت المالين، وإن أوْصىٰ لأحدهما بجاريةٍ ولآخر بجارية أخرىٰ وقيمتهما سواءٌ ثمَّ قال لآخرٍ: قد أشركتكَ معهما، فله الثلث من كل واحد منهما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ له من كل واحد نصفها، لأنَّهُ لا يرى قسمة الرقيق فصارت بمنزلة وصيتين مختلفتين،

المَالَيْنِ فَحَمَلْنَاهُ عَلَىٰ مُسَاوَاتِهِ كُلَّ وَاحِدٍ بِتَنْصِيفِ نَصِيبِهِ عَمَلًا بِاللَّفْظِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ دَيْنٌ فَصَدِّقُوهُ) مَعْنَاهُ قَالَ ذٰلِكَ لِوَرَثَتِهِ (فَإِنَّهُ يُصَدَّقُ إِلَىٰ الثُّلُثِ) وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ. وَفِي القِيَاسِ لَا يُصَدَّقُ لِأَنَّ الإِقْرَارَ بِالْمَجْهُولِ وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا لٰكِنَّهُ لَا يُحْكَمُ بِهِ إِلَّا بِالْبَيَانِ وَقَوْلُهُ: «فَصَدِّقُوهُ» صَدَرَ مُخَالِفًا لِلشَّرْعِ لِأَنَّ المُدَّعِيَ لَا يُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ فَتَعَذَّرَ إِثْبَاتُهُ إِقْرَارًا مُطْلَقًا فَلَا يُعْتَبَرُ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ مِنْ قَصْدِهِ تَقْدِيمَهُ عَلَىٰ الوَرَثَةِ وَقَدْ أَمْكَنَ تَنْفِيذُ قَصْدِهِ بِطَرِيقِ الوَصِيَّةِ وَقَدْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مَنْ يَعْلَمُ بِأَصْلِ الحَقِّ عَلَيْهِ دُونَ مِقْدَارِهِ سَعْيًا مِنْهُ فِي تَفْرِيغِ ذِمَّتِهِ فَيَجْعَلُهَا وَصِيَّةً جَعَلَ التَّقْدِيرَ فِيهَا إِلَىٰ المُوصَىٰ لَهُ كَأَنَّهُ قَالَ: إِذَا جَاءَكُمْ فُلَانٌ وَادَّعَىٰ شَيْئًا فَأَعْطُوهُ مِنْ مَالِي مَا شَاءَ، وَهٰذِهِ مُعْتَبَرَةٌ مِنَ الثُّلُثِ فَلِهٰذَا يُصَدَّقُ عَلَىٰ الثُّلُثِ دُونَ الزِّيَادَةِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَوْصَىٰ بِوَصَايَا غَيْرِ ذٰلِكَ يُعْزَلُ الثُّلُثُ لِأَصْحَابِ الوَصَايَا وَالثُّلُثَانِ لِلْوَرَثَةِ) لِأَنَّ مِيرَاثَهُمْ مَعْلُومٌ. وَكَذَا الوَصَايَا مَعْلُومَةٌ وَهٰذَا مَجْهُولٌ فَلَا يُزَاحِمُ المَعْلُومَ فَيُقَدَّمُ عَزْلُ المَعْلُومِ، وَفِي الإِفْرَازِ فَائِدَةٌ

وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ يجوزان قسمة الرقيق، فصار كأنه أوْصىٰ بالألف لهذا وبالألف لهذا ثمَّ أشركَ ثالثًا معهما.

أُخْرَىٰ وَهُوَ أَنَّ أَحَدَ الفَرِيقَيْنِ قَدْ يَكُونُ أَعْلَمَ بِمِقْدَارِ هٰذَا الحَقِّ وَأَبْصَرَ بِهِ، وَالْآخَرُ أَلَدُّ خِصَامًا، وَعَسَاهُمْ يَخْتَلِفُونَ فِي الفَضْلِ إِذَا ادَّعَاهُ الخَصْمُ وَبَعْدَ الإِفْرَازِ يَصِحُّ إِقْرَارُ كُلِّ وَاحِدٍ فِيمَا فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ مُنَازَعَةٍ (وَإِذَا عَزَلَ يُقَالُ لِأَصْحَابِ الوَصَايَا صَدِّقُوهُ فِيمَا شِئْتُمْ وَيُقَالُ لِلْوَرَثَةِ صَدِّقُوهُ فِيمَا شِئْتُمْ) لِأَنَّ هٰذَا دَيْنٌ فِي حَقِّ المُسْتَحِقِّ وَصِيَّةٌ فِي حَقِّ التَّنْفِيذِ، فَإِذَا أَقَرَّ كُلُّ فَرِيقٍ بِشَيْءٍ ظَهَرَ أَنَّ فِي التَّرِكَةِ دَيْنًا شَائِعًا فِي النَّصِيبَيْنِ (فَيُؤْخَذُ أَصْحَابُ الثُّلُثِ بِثُلُثِ مَا أَقَرُّوا وَالْوَرَثَةُ بِثُلُثَيْ مَا أَقَرُّوا) تَنْفِيذًا لِإِقْرَارِ كُلِّ فَرِيقٍ فِي قَدْرِ حَقِّهِ وَعَلَىٰ كُلِّ فَرِيقٍ مِنْهُمَا اليَمِينُ عَلَىٰ العِلْمِ إِنِ ادَّعَىٰ المُقَرُّ لَهُ زِيَادَةً عَلَىٰ ذٰلِكَ لِأَنَّهُ يَحْلِفُ

قوله: دَيْنًا شَائِعًا فِي النَّصِيبَيْنِ، وهذا لأَنَّهُ دينٌ في حقِّ المستحق فكان شائعًا في النصيبين باعتباره ووصيةٌ في حقِّ التنفيذ، لأنَّا صحَّحناه بجعل ذلك منه وصيةً، وباعتبار الوصية ينفذ في ثلث التركة فيؤخذُ أصحاب الثلث بثلث ما أقرُّوا، لأنَّ ثلث التَّركة في أيدهم والورثة بثلثي ما أقرُّوا لكون الثلثين في أيديهم تنفيذًا لإقرار كل فريقٍ في حقه، فإن أقرَّ المريضُ مع ذلك بدينٍ مسمًّى فالمسمَّىٰ أوْلىٰ لأنَّهُ أثبت الإقرار، ولو قال: ما ادَّعىٰ فلانٌ من مالي فهو صادقٌ، قال أبو الليث رحمه الله تعالىٰ: لا روايةَ، وينبغي أن يكون الجوابُ على التفصيل: إن سبقَ منه دعوًى فى شيءٍ معلومٍ فهو له، وإلا فلا شيءَ، وفي اللآلي: لو قالَ كل من يدعي شيئًا فأعطوه فهو باطلٌ، إلا أن يقولَ: إن رأى الوصي أن يعطيه فأعطوه، فحينئذٍ يعطىٰ من الثلث، وفي النوازل: لو قال: إن ادعىٰ عليَّ أحدٌ ما بين ألف إلىٰ خمس مائةٍ فأعطوه، إن لم يقيد الإعطاء برأي الوصيِّ أو برأي

عَلَىٰ مَا جَرَىٰ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ لِأَجْنَبِيٍّ وَلِوَارِثِهِ فَلِلْأَجْنَبِيِّ نِصْفُ الوَصِيَّةِ وَتَبْطُلُ وَصِيَّةُ الوَارِثِ) لِأَنَّهُ أَوْصَىٰ بِمَا يَمْلِكُ الإِيصَاءَ بِهِ وَبِمَا لَا يَمْلِكُ فَصَحَّ فِي الأَوَّلِ وَبَطَلَ فِي الثَّانِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ لِحَيٍّ وَمَيِّتٍ لِأَنَّ المَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْوَصِيَّةِ فَلَا يَصْلُحُ مُزَاحِمًا فَيَكُونُ الكُلُّ لِلْحَيِّ وَالْوَارِثُ مِنْ أَهْلِهَا وَلِهٰذَا تَصِحُّ بِإِجَازَةِ الوَرَثَةِ فَافْتَرَقَا، وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا أَوْصَىٰ لِلْقَاتِلِ وَلِلْأَجْنَبِيِّ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ لِوَارِثِهِ وَلِلْأَجْنَبِيِّ حَيْثُ لَا يَصِحُّ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ أَيْضًا، لِأَنَّ الوَصِيَّةَ إِنْشَاءُ تَصَرُّفٍ وَالشَّرِكَةَ تُثْبِتُ حُكْمًا لَهُ فَتَصِحُّ فِي حَقِّ مَنْ يَسْتَحِقُّهُ مِنْهُمَا وَأَمَّا الإِقْرَارُ فَإِخْبَارٌ عَنْ كَائِنٍ، وَقَدْ أَخْبَرَ بِوَصْفِ الشَّرِكَةِ فِي المَاضِي، وَلَا وَجْهَ إِلَىٰ إِثْبَاتِهِ بِدُونِ هٰذَا الوَصْفِ لِأَنَّهُ خِلَافُ مَا أَخْبَرَ بِهِ، وَلَهَا إِلَىٰ إِثْبَاتِ الوَصْفِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ الوَارِثُ فِيهِ شَرِيكًا وَلِأَنَّهُ لَوْ

رجلٍ معلومٍ فالوصية باطلةٌ.

قوله: وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ لِوَارِثِهِ وَلِلْأَجْنَبِيِّ حَيْثُ لَا يَصِحُّ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ، أي الإيصاءُ لوارثه والأجنبيُّ يخالفُ الإقرارَ لهما، هذا إذا تصادقا، أمَّا إذا أنكرَ الأجنبيُّ شركةَ الوارث أو الوارثُ أنكرَ شركةَ الأجنبيِّ فالإقرارُ باطلٌ أيضًا، وقال محمدٌ رحمه الله تعالىٰ: يصحُّ في حصة الأجنبيِّ لأنَّ الوارثَ مقرٌّ ببطلان حقه ببطلان حقِّ شريكه فيبطلُ في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر، ولهما أنَّ حق الوارث لم يفرز من

قَبَضَ الأَجْنَبِيُّ شَيْئًا كَانَ لِلْوَارِثِ أَنْ يُشَارِكَهُ فَيَبْطُلَ فِي ذٰلِكَ القَدْرِ ثُمَّ لَا يَزَالُ يَقْبِضُ وَيُشَارِكُهُ الوَارِثُ حَتَّىٰ يَبْطُلَ الكُلُّ فَلَا يَكُونُ مُفِيدًا وَفِي الإِنْشَاءِ حِصَّةُ أَحَدِهِمَا مُمْتَازَةٌ عَنْ حِصَّةِ الآخَرِ بَقَاءً وَبُطْلَانًا.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ جَيِّدٌ وَوَسَطٌ وَرَدِيءٌ فَأَوْصَىٰ بِكُلِّ وَاحِدٍ لِرَجُلٍ فَضَاعَ ثَوْبٌ وَلَا يَدْرِي أَيُّهَا هُوَ وَالْوَرَثَةُ تَجْحَدُ ذٰلِكَ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ) وَمَعْنَىٰ جُحُودَهُمْ أَنْ يَقُولَ الوَارِثُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِعَيْنِهِ الثَّوْبُ الَّذِي هُوَ حَقُّكَ قَدْ هَلَكَ فَكَانَ المُسْتَحَقُّ مَجْهُولًا

حقِّ الأجنبي وإنَّما أوْجَبه مشتركًا بينهما فلا يمكن إثباته بدون هذا الوصف.

قوله: وَفِي الإِنْشَاءِ حِصَّةُ أَحَدِهِمَا مُمْتَازَةٌ عَنْ حِصَّةِ الآخَرِ بَقَاءً - أي في حقِّ الأجنبي - وَبُطْلَانًا، أي في حقِّ الوارث، وهذا لأنَّ الوصيةَ إنشاءُ تصرُّفٍ أي إثبات أمرٍ لم يكن، والشركة تثبت حكمًا له وحكم الشيء هو الأثر الثابت به فالشركة تثبتُ بواسطة صحة تصرُّفه ولم يصح تصرفه في حق الورثة فلم توجد علة ثبوت الشركة، فإذا لم تثبت الشركة صحَّ تصرُّفه في حقِّ من يستحقه وهو الأجنبيُّ وبطلَ في حقِّ الوارث.

قوله: وَمَعْنَى جُحُودَهُمْ أَنْ يَقُولَ الوَارِثُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِعَيْنِهِ الثَّوْبُ الَّذِي هُوَ حَقُّكَ قَدْ هَلَكَ، يريدُ بِهذا أنَّ الورثة يجحدون بقاءَ حق واحد منهم بعينه ويقولون حقُّ واحد منكم بطلَ، ولا يدري من بطلَ حقه ومن بقي حقه فلا نسلم إليكم شيئًا فالوصية باطلةٌ، لأنَّهُ إذا لم يعلم بقاء حق واحدٍ منهم بعينه لا فائدةَ في بقائها فبطلَ، كذا ذكره الصدر الشهيد رحمه الله تعالىٰ.

قوله: فَكَانَ المُسْتَحَقُّ مَجْهُولًا، كما إذا أوْصىٰ لأحد هذين الرجلين، فإنَّ الوصيةَ

وَجَهَالَتُهُ تَمْنَعُ صِحَّةَ القَضَاءِ وَتَحْصِيلَ المَقْصُودِ فَبَطَلَ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَ الوَرَثَةُ الثَّوْبَيْنِ البَاقِيَيْنِ، فَإِنْ سَلَّمُوا زَالَ المَانِعُ وَهُوَ الجُحُودُ فَيَكُونُ لِصَاحِبِ الجَيِّدِ ثُلُثَا الثَّوْبِ الأَجْوَدِ، وَلِصَاحِبِ الأَوْسَطِ ثُلُثُ الجَيِّدِ وَثُلُثِ الأَدْوَنِ فَثَبَتَ الأَدْوَنُ، وَلِصَاحِبِ الأَدْوَنِ ثُلُثَا الثَّوْبِ الأَدْوَنِ) لِأَنَّ صَاحِبَ الجَيِّدِ لَا حَقَّ لَهُ فِي الرَّدِيءِ بِيَقِينٍ، لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ وَسَطًا أَوْ رَدِيئًا وَلَا حَقَّ لَهُ فِيهِمَا، وَصَاحِبَ الرَّدِيءِ لَا حَقَّ لَهُ فِي الجَيِّدِ البَاقِي بِيَقِينٍ، لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ جَيِّدًا أَوْ وَسَطًا وَلَا حَقَّ لَهُ فِيهِمَا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الرَّدِيءُ هُوَ الرَّدِيءُ الأَصْلِيُّ فَيُعْطَىٰ مِنْ مَحِلِّ الِاحْتِمَالِ، وَإِذَا ذَهَبَ ثُلُثَا الجَيِّدِ وَثُلُثَا الأَدْوَنِ لَمْ يَبْقَ إِلَّا ثُلُثُ الجَيِّدِ وَثُلُثُ الرَّدِيءِ فَيَتَعَيَّنُ حَقُّ صَاحِبِ الوَسَطِ فِيهِ بِعَيْنِهِ ضَرُورَةً.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتِ الدَّارُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَأَوْصَىٰ أَحَدُهُمَا بِبَيْتٍ بِعَيْنِهِ لِرَجُلٍ فَإِنَّهَا تُقْسَمُ، فَإِنْ وَقَعَ البَيْتُ فِي نَصِيبِ المُوصِي فَهُوَ لِلْمُوصَىٰ لَهُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ نِصْفُهُ لِلْمُوصَىٰ لَهُ، وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ فَلِلْوَصِيِّ لَهُ مِثْلُ ذِرْعِ البَيْتِ،

باطلةٌ لِمَا قلنا أنَّ المستحق مجهولٌ وجهالته تمنعُ صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو إتمام غرض الموصي.

وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: مِثْلُ ذَرْعِ نِصْفِ البَيْتِ، لَهُ أَنَّهُ أَوْصَىٰ بِمِلْكِهِ وَبِمِلْكِ غَيْرِهِ، لِأَنَّ الدَّارَ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا مُشْتَرَكَةٌ فَيَنْفُذُ الأَوَّلُ وَيُوقَفُ الثَّانِي، وَهُوَ أَنَّ مِلْكَهُ بَعْدَ ذٰلِكَ بِالْقِسْمَةِ الَّتِي هِيَ مُبَادَلَةٌ لَا تَنْفُذُ الوَصِيَّةُ السَّالِفَةُ، كَمَا إِذَا أَوْصَىٰ بِمِلْكِ الغَيْرِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، ثُمَّ إِذَا اقْتَسَمُوهَا وَوَقَعَ البَيْتُ فِي نَصِيبِ المُوصِي تَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فِي عَيْنِ المُوصَىٰ بِهِ وَهُوَ نِصْفُ البَيْتِ، وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ لَهُ مِثْلُ ذَرْعِ نِصْفِ البَيْتِ تَنْفِيذًا لِلْوَصِيَّةِ فِي بَدَلِ المُوصَىٰ بِهِ عِنْدَ فَوَاتِهِ كَالْجَارِيَةِ المُوصَىٰ بِهَا إِذَا قُتِلَتْ خَطَأً تَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فِي بَدَلِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا بِيعَ العَبْدُ المُوصَىٰ بِهِ حَيْثُ لَا تَتَعَلَّقُ الوَصِيَّةُ بِثَمَنِهِ، لِأَنَّ الوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بِالْإِقْدَامِ عَلَىٰ البَيْعِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ وَلَا تَبْطُلُ بِالْقِسْمَةِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ أَوْصَىٰ بِمَا يَسْتَقِرُّ مِلْكُهُ فِيهِ بِالْقِسْمَةِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ بِقَصْدِ الإِيصَاءِ بِمِلْكٍ مُنْتَفَعٍ بِهِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَذٰلِكَ يَكُونُ بِالْقِسْمَةِ، لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ بِالْمُشَاعِ قَاصِرٌ وَقَدِ اسْتَقَرَّ مِلْكُهُ فِي جَمِيعِ البَيْتِ إِذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ فَتَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فِيهِ، وَمَعْنَىٰ المُبَادَلَةِ فِي هٰذِهِ القِسْمَةِ

قوله: وَمَعْنَى المُبَادَلَةِ فِي هٰذِهِ القِسْمَةِ تَابِعٌ، قيَّد بقوله: فِي هٰذِهِ القِسْمَةِ، لأنَّ الدار جنسٌ واحدٌ فيكون الإفراز في قسمة الدار الواحدة راجحًا، ولهذا لا يجري الجبر فيها بالإجماع، أو لأنَّ معنى المبادلة وإن كان راجحًا في العقار إلَّا أنَّ في هذه القسمة معنى المبادلة تابعٌ تصحيحًا لتصرُّف الموصي، وباب الوصية أوْسَع، ولهذا يصحُّ بالمعدوم

تَابِعٌ، وَإِنَّمَا المَقْصُودُ الإِفْرَازُ تَكْمِيلًا لِلْمَنْفَعَةِ وَلِهٰذَا يُجْبَرُ عَلَىٰ القِسْمَةِ فِيهِ، وَعَلَىٰ اعْتِبَارِ الإِفْرَازِ يَصِيرُ كَأَنَّ البَيْتَ مِلْكُهُ مِنَ الِابْتِدَاءِ. وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ تَنْفُذُ فِي قَدْرِ ذُرْعَانِ جَمِيعِهِ مِمَّا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ، إِمَّا لِأَنَّهُ عِوَضُهُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، أَوْ لِأَنَّ مُرَادَ المُوصِي مِنْ ذِكْرِ البَيْتِ التَّقْدِيرُ بِهِ تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِهِ مَا أَمْكَنَ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ البَيْتُ إِذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ جَمْعًا بَيْنَ الجِهَتَيْنِ التَّقْدِيرِ وَالتَّمْلِيكِ، وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ عَمِلْنَا بِالتَّقْدِيرِ، أَوْ لِأَنَّهُ أَرَادَ التَّقْدِيرَ عَلَىٰ اعْتِبَارِ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ وَالتَّمْلِيكَ بِعَيْنِهِ عَلَىٰ اعْتِبَارِ الوَجْهِ الآخَرِ، كَمَا إِذَا عَلَّقَ عِتْقَ الوَلَدِ وَطَلَاقَ المَرْأَةِ بِأَوَّلِ وَلَدٍ تَلِدُهُ أَمَتُهُ، فَالْمُرَادُ فِي جَزَاءِ الطَّلَاقِ مُطْلَقُ الوَلَدِ وَفِي العِتْقِ وَلَدٌ حَيٌّ، ثُمَّ إِذَا وَقَعَ البَيْتُ فِي نَصِيبِ غَيْرِ المُوصِي وَالدَّارُ مِائَةُ ذِرَاعٍ وَالْبَيْتُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ يُقْسَمُ نَصِيبُهُ بَيْنَ المُوصَىٰ لَهُ وَبَيْنَ الوَرَثَةِ عَلَىٰ عَشَرَةِ أَسْهُمٍ: تِسْعَةٌ مِنْهَا لِلْوَرَثَةِ وَسَهْمٌ لِلْمُوصَىٰ لَهُ، وَهٰذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَيَضْرِبُ المُوصَىٰ لَهُ بِخَمْسَةِ أَذْرُعٍ نِصْفِ البَيْتِ وَهُمْ بِنِصْفِ الدَّارِ سِوَىٰ البَيْتِ وَهُوَ خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ فَيُجْعَلُ كُلُّ خَمْسَةٍ سَهْمًا فَيَصِيرُ عَشَرَةً، وَعِنْدَهُمَا يُقْسَمُ عَلَىٰ أَحَدَ عَشَرَ سَهْمًا لِأَنَّ المُوصَىٰ لَهُ يَضْرِبُ بِالْعَشَرَةِ وَهُمْ بِخَمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ

عليٰ خطر الوجود كالتمر والغلة.

فَتَصِيرُ السِّهَامُ أَحَدَ عَشَرَ لِلْمُوصَىٰ لَهُ سَهْمَانِ وَلَهُمْ تِسْعَةٌ، وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الوَصِيَّةِ إِقْرَارٌ قِيلَ هُوَ عَلَىٰ الخِلَافِ، وَقِيلَ لَا خِلَافَ فِيهِ لِمُحَمَّدٍ. وَالْفَرْقُ لَهُ أَنَّ الإِقْرَارَ بِمِلْكِ الغَيْرِ صَحِيحٌ، حَتَّىٰ إِنَّ مَنْ أَقَرَّ بِمِلْكِ الغَيْرِ لِغَيْرِهِ ثُمَّ مَلَكَهُ يُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَىٰ المُقَرِّ لَهُ، وَالْوَصِيَّةُ بِمِلْكِ الغَيْرِ لَا تَصِحُّ، حَتَّىٰ لَوْ مَلَكَهُ بِوَجْهٍ مِنَ الوُجُوهِ ثُمَّ مَاتَ لَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ وَلَا تَنْفُذُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ مِنْ مَالِ رَجُلٍ لِآخَرَ بِأَلْفٍ بِعَيْنِهِ فَأَجَازَ صَاحِبُ المَالِ بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي فَإِنْ دَفَعَهُ فَهُوَ جَائِزٌ وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ) لِأَنَّ هٰذَا تَبَرُّعٌ بِمَالِ الغَيْرِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ إِجَازَتِهِ، وَإِذَا أَجَازَ يَكُونُ تَبَرُّعًا مِنْهُ أَيْضًا فَلَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنَ التَّسْلِيمِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ بِالزِّيَادَةِ عَلَىٰ الثُّلُثِ وَأَجَازَتِ الوَرَثَةُ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ فِي مَخْرَجِهَا صَحِيحَةٌ لِمُصَادِفَتِهَا مِلْكَ نَفْسِهِ وَالِامْتِنَاعِ لِحَقِّ الوَرَثَةِ، فَإِذَا أَجَازُوهَا سَقَطَ حَقُّهُمْ فَنَفَذَ مِنْ جِهَةِ المُوصِي.

قوله: فَتَصِيرُ السِّهَامُ أَحَدَ عَشَرَ لِلْمُوصَىٰ لَهُ سَهْمَانِ وَلَهُمْ تِسْعَةٌ، فإن قيل: ينبغي أن يقسم نصيب الموصىٰ بين الورثة والموصى له علىٰ خمسة أسْهُم، سهمٌ للموصى له وأربعةٌ للورثة لأنَّهُ لمَّا صحت الوصية عندهما في عشرة أذْرُع بقي حقُّ الورثة في أربعين؟ قلنا: زعمَ الورثةُ أنَّ حقهم في خمسة وأربعين حقُّ الموصى له في خمسة تمسُّكًا بمذهب محمد رحمه الله تعالىٰ، وزعم الموصى له أنَّ حقه في عشرةٍ وحقُّ الورثة في أربعين فيعتبر

قَالَ: (وَإِذَا اقْتَسَمَ الِابْنَانِ تَرِكَةَ الأَبِ أَلْفًا ثُمَّ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا لِرَجُلٍ أَنَّ الأَبَ أَوْصَىٰ لَهُ بِثُلُثِ مَالِهِ فَإِنَّ المُقِرَّ يُعْطِيهِ ثُلُثَ مَا فِي يَدِهِ) وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالْقِيَاسُ أَنْ يُعْطِيَهُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ -، لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالثُّلُثِ لَهُ تَضَمَّنَ إِقْرَارَهُ بِمُسَاوَاتِهِ إِيَّاهُ، وَالتَّسْوِيَةُ فِي إِعْطَاءِ النِّصْفِ لِيَبْقَىٰ لَهُ النِّصْفُ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِثُلُثٍ شَائِعٍ فِي التَّرِكَةِ وَهِيَ فِي أَيْدِيهِمَا فَيَكُونُ مُقِرًّا بِثُلُثِ مَا فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِدَيْنٍ لِغَيْرِهِ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَىٰ المِيرَاثِ فَيَكُونُ مُقِرًّا بِتَقْدِيمِهِ فَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ، أَمَّا المُوصَىٰ لَهُ بِالثُّلُثِ شَرِيكُ الوَارِثِ فَلَا يُسَلَّمُ لَهُ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُسَلَّمَ لِلْوَرَثَةِ مِثْلَاهُ، وَلِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَ مِنْهُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ فَرُبَّمَا يُقِرُّ الِابْنُ الآخَرُ بِهِ أَيْضًا فَيَأْخُذُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ فَيَصِيرُ نِصْفَ التَّرِكَةِ فَيُزَادُ عَلَىٰ الثُّلُثِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِجَارِيَةٍ فَوَلَدَتْ بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي وَلَدًا وَكِلَاهُمَا يَخْرُجَانِ مِنَ الثُّلُثِ فَهُمَا لِلْمُوصَىٰ لَهُ) لِأَنَّ الأُمَّ دَخَلَتْ فِي الوَصِيَّةِ أَصَالَةً وَالْوَلَدُ تَبَعًا حِينَ كَانَ مُتَّصِلًا بِالأُمِّ، فَإِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ القِسْمَةِ وَالتَّرِكَةُ قَبْلَهَا مُبْقَاةٌ عَلَىٰ مِلْكِ المَيِّتِ حَتَّىٰ يُقْضَىٰ بِهَا دُيُونُهُ

زعمَ كل فريقٍ في حقه فجعلنا كلَّ خمسةٍ سهمًا فصارَ لكلِّ أحدٍ عشر.

قوله: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِجَارِيَةٍ فَوَلَدَتْ بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي، أي قبل القبول وقبل القسمة.

دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ فَيَكُونَانِ لِلْمُوصَىٰ لَهُ (وَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا مِنَ الثُّلُثِ ضَرَبَ بِالثُّلُثِ وَأَخَذَ مَا يَخُصُّهُ مِنْهُمَا جَمِيعًا فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَأْخُذُ ذٰلِكَ مِنَ الأُمِّ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ أَخَذَهُ مِنَ الوَلَدِ). وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ عَيَّنَ صُورَةً وَقَالَ: رَجُلٌ لَهُ سِتُّمِائَةِ دِرْهَمٍ وَأَمَةٌ تُسَاوِي ثَلَاثَمِائَةِ دِرْهَمٍ فَأَوْصَىٰ بِالْجَارِيَةِ لِرَجُلٍ ثُمَّ مَاتَ فَوَلَدَتْ وَلَدًا يُسَاوِي ثَلَاثَمِائَةِ دِرْهَمٍ قَبْلَ القِسْمَةِ فَلِلْمُوصَىٰ لَهُ الأُمُّ وَثُلُثُ الوَلَدِ عِنْدَهُ. وَعِنْدَهُمَا لَهُ ثُلُثَا كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. لَهُمَا مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الوَلَدَ دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ تَبَعًا حَالَةَ الِاتِّصَالِ فَلَا يَخْرُجُ عَنْهَا بِالِانْفِصَالِ كَمَا فِي البَيْعِ وَالْعِتْقِ فَتَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فِيهِمَا عَلَىٰ السَّوَاءِ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيمِ الأُمِّ. وَلَهُ أَنَّ الأُمَّ أَصْلٌ وَالْوَلَدُ تَبَعٌ وَالتَّبَعُ لَا يُزَاحِمُ الأَصْلَ، فَلَوْ نَفَّذْنَا الوَصِيَّةَ فِيهِمَا جَمِيعًا تَنْتَقِضُ الوَصِيَّةُ فِي بَعْضِ الأَصْلِ وَذٰلِكَ لَا يَجُوزُ، بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّ تَنْفِيذَ البَيْعِ فِي التَّبَعِ

قوله: كَمَا فِي البَيْعِ وَالْعِتْقِ، يعني فتسري الوصية إلى الولد الحادث قبل القسمة، كما يسري البيعُ إلى الولد الحادث قبل القبض، وإذا أعتق جاريةً حاملًا عتق ولدها تبعًا، فإذا ولدت يبقى الولد كذلك عتيقًا، أو نقول: إذا أوْصىٰ بعتق جاريةٍ فولدت قبل القسمة فإنَّ العتق ينفذُ فيهما وإن لم يخرجا من الثلث يوزع بينهما.

قوله: وَلَهُ أَنَّ الأُمَّ أَصْلٌ، أى أصلٌ في الوصية، لأنَّ الإيجاب تناولها قصدًا والولدُ تبعٌ في الإيصاء.

لَا يُؤَدِّي إِلَىٰ نَقْضِهِ فِي الأَصْلِ بَلْ يَبْقَىٰ تَامًّا صَحِيحًا فِيهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُقَابِلُهُ بَعْضُ الثَّمَنِ ضَرُورَةَ مُقَابِلَتِهِ بِالْوَلَدِ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ القَبْضُ وَلٰكِنَّ الثَّمَنَ تَابِعٌ فِي البَيْعِ حَتَّىٰ يَنْعَقِدَ البَيْعُ بِدُونِ ذِكْرِهِ وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا (هٰذَا إِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ القِسْمَةِ، فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ القِسْمَةِ فَهُوَ لِلْمُوصَىٰ لَهُ) لِأَنَّهُ نَمَاءُ خَالِصِ مِلْكِهِ لِتَقَرُّرِ مِلْكِهِ فِيهِ بَعْدَ القِسْمَةِ.

قوله: ضَرُورَةَ مُقَابِلَتِهِ بِالْوَلَدِ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ القَبْضُ، قيَّد باتصال القبض بالولد للمقابلة لأنَّ مقابلة بعض الثمن بالولد إنَّما تكون أن لو كان مقبوضًا بالأصل، وإلَّا فلا.

قوله: هٰذَا إِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ القِسْمَةِ، أي قبل القبول أيضًا، فإن ولدت بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصى له، لأنَّ التَّركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميِّت فحدثت الزيادة علىٰ خالص ملك الموصى له وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة. ذكر القدوري أنه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال، كما لو ولدت بعد القسمة، ومشايخنا رحمهم الله قالوا: يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث، كما لو ولدت قبل القبول، وإن ولدت قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية وبقي علىٰ حكم ملك الميت، لأنَّهُ لم يدخل تحت الوصية قصدًا ولا سرايةً والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا. والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

فَصْلٌ فِي اعْتِبَارِ حَالَةِ الوَصِيَّةِ

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ المَرِيضُ لِامْرَأَةٍ بِدَيْنٍ أَوْ أَوْصَىٰ لَهَا بِشَيْءٍ أَوْ وَهَبَ لَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ثُمَّ مَاتَ جَازَ الإِقْرَارُ وَبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ وَالْهِبَةُ) لِأَنَّ الإِقْرَارَ مُلْزِمٌ بِنَفْسِهِ وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ عِنْدَ صُدُورِهِ، وَلِهٰذَا يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ المَالِ، وَلَا يَبْطُلُ بِالدَّيْنِ إِذَا كَانَ فِي حَالَةِ الصِّحَّةِ أَوْ فِي حَالَةِ المَرَضِ، إِلَّا أَنَّ الثَّانِيَ يُؤَخَّرُ عَنْهُ، بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ لِأَنَّـهَا إِيجَابٌ عِنْدَ المَوْتِ وَهِيَ وَارِثَةٌ عِنْدَ ذٰلِكَ، وَلَا وَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ، وَالْهِبَةُ وَإِنْ كَانَتْ مُنَجَّزَةً صُورَةً فَهِيَ كَالْمُضَافِ إِلَىٰ مَا بَعْدَ المَوْتِ حُكْمًا لِأَنَّ حُكْمَهَا

فصل في اعتبار حالة الوصية

قوله: لِأَنَّ الإِقْرَارَ مُلْزِمٌ بِنَفْسِهِ، أي لا يتوقَّفُ علىٰ غيره حتَّى ترتَّبت عليه الأحكام من صحة إعتاق المقرِّ له وإقراره لغيره وغير ذلك من الأحكام.

قوله: وَالْهِبَةُ وَإِنْ كَانَتْ مُنَجَّزَةً صُورَةً فَهِيَ كَالْمُضَافِ إِلَىٰ مَا بَعْدَ المَوْتِ حُكْمًا لِأَنَّ حُكْمَهَا يَتَقَرَّرُ عِنْدَ المَوْتِ، فإن قيل: يشكل بما إذا وهبَ المريضُ في مرض موته جاريته لرجل فإنه يحلُّ للموهوب له وطئها ولا يحلُّ للموصى له ذلك؟ قلنا: حلُّ الوطء مبنيٌّ على الملك والملكُ يثبت له بالقبض، ولكن على عرضة الانتقاض لظهور

يَتَقَرَّرُ عِنْدَ المَوْتِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهَا تَبْطُلُ بِالدَّيْنِ المُسْتَغْرِقِ وَعِنْدَ عَدَمِ الدَّيْنِ تُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ المَرِيضُ لِابْنِهِ بِدَيْنٍ وَابْنُهُ نَصْرَانِيٌّ أَوْ وَهَبَ لَهُ أَوْ أَوْصَىٰ لَهُ فَأَسْلَمَ الِابْنُ قَبْلَ مَوْتِهِ بَطَلَ ذٰلِكَ كُلُّهُ). أَمَّا الهِبَةُ وَالْوَصِيَّةُ فَلِمَا قُلْنَا إِنَّهُ وَارِثٌ عِنْدَ المَوْتِ وَهُمَا إِيجَابَانِ عِنْدَهُ أَوْ بَعْدَهُ، وَالْإِقْرَارُ وَإِنْ كَانَ مُلْزِمًا بِنَفْسِهِ وَلٰكِنَّ سَبَبَ الإِرْثِ وَهُوَ البُنُوَّةُ قَائِمٌ وَقْتَ الإِقْرَارِ فَيُعْتَبَرُ فِي إِيرَاثِ تُهْمَةِ الإِيثَارِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ سَبَبَ الإِرْثِ الزَّوْجِيَّةُ وَهِيَ طَارِئَةٌ حَتَّىٰ لَوْ كَانَتِ الزَّوْجِيَّةُ قَائِمَةً وَقْتَ الإِقْرَارِ وَهِيَ نَصْرَانِيَّةٌ ثُمَّ أَسْلَمَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ لَا يَصِحُّ الإِقْرَارُ لِقِيَامِ السَّبَبِ حَالَ صُدُورِهِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ الِابْنُ عَبْدًا أَوْ مُكَاتَبًا فَأُعْتِقَ لِمَا ذَكَرْنَا، وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الإِقْرَارِ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَصِحُّ لِأَنَّهُ أَقَرَّ لِمَوْلَاهُ وَهُوَ أَجْنَبِيٌّ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ لَهُ وَهُوَ ابْنُهُ، وَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ المُعْتَبَرَ فِيهَا وَقْتُ المَوْتِ. وَأَمَّا الهِبَةُ فَيُرْوَىٰ

الدين عند الموت وذلك لا يمنع حلَّ الوطء، كما في الاستحقاق والردِّ بالعيب، قلنا: حلُّ الوطء بناءٌ علىٰ ثبوت الملك اعتبارًا بجهة التنجيز، وقلنا ببطلانه بالدين اعتبارًا بجهة الإضافة، وإنَّما تجعل الهبة بمنزلة الوصيَّة إذا كان الموهوب له قد قبضه، فأمَّا إذا كان قبل القبض فإنَّها تبطلُ.

قوله: وَكَذَا لَوْ كَانَ الِابْنُ عَبْدًا أَوْ مُكَاتَبًا فَأُعْتِقَ، أي يبطل الإقرار والوصية

أَنَّهَا تَصِحُّ لِأَنَّهَا تَمْلِيكٌ فِي الحَالِ وَهُوَ رَقِيقٌ، وَفِي عَامَّةِ الرِّوَايَاتِ هِيَ فِي مَرَضِ المَوْتِ بِمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ فَلَا تَصِحُّ.

قَالَ: (وَالْمُقْعَدُ وَالْمَفْلُوجُ وَالْأَشَلُّ وَالْمَسْلُولُ إِذَا تَطَاوَلَ ذٰلِكَ وَلَمْ يُخَفْ مِنْهُ المَوْتُ فَهِبَتُهُ مِنْ جَمِيعِ المَالِ) لِأَنَّهُ إِذَا تَقَادَمَ العَهْدُ صَارَ طَبْعًا مِنْ طِبَاعِهِ وَلِهٰذَا لَا يَشْتَغِلُ بِالتَّدَاوِي، وَلَوْ صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ بَعْدَ ذٰلِكَ فَهُوَ كَمَرَضٍ حَادِثٍ (وَإِنْ وَهَبَ عِنْدَمَا أَصَابَهُ ذٰلِكَ وَمَاتَ مِنْ أَيَّامِهِ فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ إِذَا صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ) لِأَنَّهُ يُخَافُ مِنْهُ المَوْتُ وَلِهٰذَا يَتَدَاوَىٰ فَيَكُونُ مَرَضَ المَوْتِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

والهبة، كما لو كان نصرانيًا فأسْلَم قبل موت الأب.

قوله: إِذَا تَطَاوَلَ ذٰلِكَ وَلَمْ يُخَفْ مِنْهُ المَوْتُ، ومدَّة التطاول مقدَّرةٌ بالسنة، والمراد من الخوف الغالبُ منه إلا نفس الخوف.

قوله: لِأَنَّهُ إِذَا تَقَادَمَ العَهْدُ صَارَ طَبْعًا مِنْ طِبَاعِهِ، لأنَّ المغير لحكم التصرف مرض الموت وهو ما يكون سببًا للموت غالبًا، وإنَّما يكون كذلك إذا كان بحال يزداد حالًا فحالًا إلىٰ أن يكون آخره الموت، فأمَّا إذا استحكمَ وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت فلا يكون سببًا للموت، كالعمىٰ ونحوه، وإنَّما يكون في حكم المرض في أوَّل ما أصابه ذلك إذا صار صاحب فراشٍ، وصاحب الدِّقِّ والسلِّ قبل أن يصير صاحب فراشٍ لا يكون في حكم المريض، لأنَّ الإنسان قلَّما يخلو عن قليل مرضٍ فما دامَ يخرج في حوائجه بنفسه ولم يصر صاحب فراشٍ لا يعدُّ مريضًا عند الناس، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله تعالى. والله تعالىٰ أعلم.

بَابُ العِتْقِ فِي مَرَضِ المَوْتِ

قَالَ: (وَمَنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ عَبْدًا أَوْ بَاعَ وَحَابَىٰ أَوْ وَهَبَ فَذٰلِكَ كُلُّهُ جَائِزٌ وَهُوَ مُعْتَبَرٌ مِنَ الثُّلُثِ، وَيُضْرَبُ بِهِ مَعَ أَصْحَابِ الوَصَايَا). وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ فَهُوَ وَصِيَّةٌ مَكَانَ قَوْلِهِ جَائِزٌ، وَالْمُرَادُ الِاعْتِبَارُ مِنَ الثُّلُثِ وَالضَّرْبُ مَعَ أَصْحَابِ الوَصَايَا لَا حَقِيقَةُ الوَصِيَّةِ لِأَنَّهَا إِيجَابٌ بَعْدَ المَوْتِ وَهٰذَا مُنَجَّزٌ غَيْرُ مُضَافٍ، وَاعْتِبَارُهُ مِنَ الثُّلُثِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الوَرَثَةِ، وَكَذٰلِكَ مَا ابْتَدَأَ المَرِيضُ إِيجَابَهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ كَالضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ فِي حُكْمِ الوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ فِيهِ كَمَا فِي الهِبَةِ، وَكُلُّ مَا أَوْجَبَهُ بَعْدَ المَوْتِ فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِنْ أَوْجَبَهُ فِي حَالِ صِحَّتِهِ اعْتِبَارًا بِحَالَةِ الإِضَافَةِ دُونَ حَالَةِ العَقْدِ، وَمَا نَفَّذَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فَالْمُعْتَبَرُ فِيهِ

باب العتق في مرض الموت

قوله: كَالضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ، والضمان أعمُّ من الكفالة، فإنَّ من الضمان ما لا يكون كفالةً كما إذا قال لأجنبيٍّ: خالع امرأتكَ علىٰ ألف علىٰ أنّي ضامنٌ، وكذلك لو قال: بع هذا العبد بألف علىٰ أنّي ضامنٌ لك خمس مائة من الثمن سوى الألف، فإنَّ بدل الخلع يكون على الأجنبي إلا على المرأة، والخمس مائة على الضامن دون المشتري.

قوله: وَمَا نَفَّذَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ، كالإعتاق والهبة.

حَالَةُ العَقْدِ، فَإِنْ كَانَ صَحِيحًا فَهُوَ مِنْ جَمِيعِ المَالِ وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا فَمِنَ الثُّلُثِ، وَكُلُّ مَرَضٍ صَحَّ مِنْهُ فَهُوَ كَحَالِ الصِّحَّةِ لِأَنَّ بِالْبُرْءِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا حَقَّ فِي مَالِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ حَابَىٰ ثُمَّ أَعْتَقَ وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْهُمَا، فَالْمُحَابَاةُ أَوْلَىٰ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَإِنْ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَىٰ فَهُمَا سَوَاءٌ، وَقَالَا: العِتْقُ أَوْلَىٰ فِي المَسْأَلَتَيْنِ)، وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الوَصَايَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَا جَاوَزَ الثُّلُثَ فَكُلٌّ مِنْ أَصْحَابِهَا يَضْرِبُ بِجَمِيعِ وَصِيَّتِهِ فِي الثُّلُثِ لَا يُقَدَّمُ البَعْضُ عَلَىٰ البَعْضِ إِلَّا المُوقَعُ فِي المَرَضِ، وَالْعِتْقُ المُعَلَّقُ بِمَوْتِ المُوصِي كَالتَّدْبِيرِ الصَّحِيحِ وَالْمُحَابَاةُ فِي البَيْعِ إِذَا وَقَعَتْ فِي المَرَضِ لِأَنَّ الوَصَايَا قَدْ تَسَاوَتْ، وَالتَّسَاوِي فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ يُوجِبُ التَّسَاوِي فِي نَفْسِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَإِنَّمَا قُدِّمَ العِتْقُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ

قوله: إِلَّا - العتق - المُوقَعُ فِي المَرَضِ، أي العتق المنفَّذ.

قوله: وَالْعِتْقُ المُعَلَّقُ بِمَوْتِ المُوصِي كَالتَّدْبِيرِ الصَّحِيحِ، احتِراز عمَّا لو قال: هو حرٌّ بعد موتِي بيومٍ، أو قال: أعتقوه بعد موتِي، فليسَ هذا هو العتق الذي يبتدأ به، والحرفُ فيه إنَّما يكون منفذًا عقيب الموت من غير حاجةٍ إلى التنفيذ فهو في المعنى أسْبَقَ ممَّا يحتاجُ إلى التنفيذ، والترجيح يقع بالسبق؛ توضيحه أنَّ المعتق المنفذ بالموت يستحق استحقاق الديون فإنَّ صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينه إذا ظَفَرَ بجنس حقه، وهنا بنفس الموت يصير مستوفيًا حقَّه والدينُ مقدَّمٌ فكذا ما في معناه، وقيل قوله: كَالتَّدْبِيرِ الصَّحِيحِ، احتِراز عن التدبير المعتل مثل أن يقول: إن متُّ من مرضي هذا أو من سفري

آنِفًا لِأَنَّهُ أَقْوَىٰ فَإِنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ الفَسْخُ مِنْ جِهَةِ المُوصِي، وَغَيْرُهُ يَلْحَقُهُ. وَكَذَٰلِكَ المُحَابَاةُ لَا يَلْحَقُهَا الفَسْخُ مِنْ جِهَةِ المُوصِي، وَإِذَا تَقَدَّمَ ذَٰلِكَ فَمَا بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ بَعْدَ ذَٰلِكَ يَسْتَوِي فِيهِ مَنْ سِوَاهُمَا مِنْ أَهْلِ الوَصَايَا، وَلَا يُقَدَّمُ البَعْضُ عَلَىٰ البَعْضِ. لَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ أَنَّ العِتْقَ أَقْوَىٰ لِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ الفَسْخُ وَالْمُحَابَاةُ يَلْحَقُهَا، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالتَّقْدِيمِ فِي الذِّكْرِ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ التَّقَدُّمَ فِي الثُّبُوتِ. وَلَهُ أَنَّ المُحَابَاةَ أَقْوَىٰ، لِأَنَّهَا تَثْبُتُ فِي ضِمْنِ عَقْدِ المُعَاوَضَةِ فَكَانَ تَبَرُّعًا بِمَعْنَاهُ لَا بِصِيغَتِهِ، وَالْإِعْتَاقُ تَبَرُّعٌ صِيغَةً وَمَعْنًىٰ، فَإِذَا وُجِدَتِ المُحَابَاةُ أَوَّلًا دُفِعَ الأَضْعَفُ، وَإِذَا وُجِدَ العِتْقُ أَوَّلًا وَثَبَتَ وَهُوَ لَا يَحْتَمِلُ الدَّفْعَ كَانَ مِنْ ضَرُورَتِهِ المُزَاحَمَةُ، وَعَلَىٰ هٰذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -:

هذا أو من مرضٍ كذا، والتعليلُ بقوله: لَا يَلْحَقُهُ الفَسْخُ مِنْ جِهَةِ المُوصِي، وَغَيْرُهُ يَلْحَقُهُ الفَسْخُ، يعني العتق الموقع والتدبير الصحيح لا يلحقه الفسخ، وكذا المحاباة في البيع لأنَّها في ضمن البيع فيلزمه بلزومه، بخلاف التدبير المقيَّد فإنه يلحقه الفسخ من جهة الموصي بالبيع، وهذا خلاف الرواية، وفي المبسوط: ولوقال إن حدثَ لي حدثٌ من مرضي هذا فهو حُرٌّ، فإنه يبدأ به قبل سائر الوصايا.

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِالتَّقْدِيمِ فِي الذِّكْرِ، لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ التَّقَدُّمَ فِي الثُّبُوتِ، لأنَّ زمان التقرُّر بعد الموت، والكل يتقرَّر معًا.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ إِذَا حَابَىٰ ثُمَّ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَىٰ

إِذَا حَابَىٰ ثُمَّ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَىٰ قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ المُحَابَاتَيْنِ نِصْفَيْنِ لِتَسَاوِيهِمَا، ثُمَّ مَا أَصَابَ المُحَابَاةَ الأَخِيرَةَ قُسِمَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ العِتْقِ لِأَنَّ العِتْقَ مُقَدَّمٌ عَلَيْهَا فَيَسْتَوِيَانِ، وَلَوْ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَىٰ ثُمَّ أَعْتَقَ قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ العِتْقِ الأَوَّلِ وَالْمُحَابَاةِ نِصْفَيْنِ، وَمَا أَصَابَ العِتْقَ قُسِمَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ العِتْقِ الثَّانِي، وَعِنْدَهُمَا العِتْقُ أَوْلَىٰ بِكُلِّ حَالٍ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ بِأَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ بِهٰذِهِ المِائَةِ عَبْدٌ فَهَلَكَ مِنْهَا دِرْهَمٌ لَمْ يُعْتَقْ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ بِحَجَّةٍ يَحُجُّ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ، وَإِنْ لَمْ يَهْلِكْ مِنْهَا وَبَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الحَجَّةِ يُرَدُّ عَلَىٰ الوَرَثَةِ. وَقَالَا: يُعْتَقُ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ) لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِنَوْعِ قُرْبَةٍ فَيَجِبُ تَنْفِيذُهَا مَا أَمْكَنَ اعْتِبَارًا بِالْوَصِيَّةِ بِالْحَجِّ. وَلَهُ أَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِالْعِتْقِ لِعَبْدٍ يَشْتَرِي بِمِائَةٍ وَتَنْفِيذُهَا فِيمَنْ يَشْتَرِي بِأَقَلَّ مِنْهُ تَنْفِيذٌ لِغَيْرِ المُوصَىٰ لَهُ، وَذٰلِكَ لَا يَجُوزُ، بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ بِالْحَجِّ

قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ المُحَابَاتَيْنِ نِصْفَيْنِ لِتَسَاوِيهِمَا، ثُمَّ مَا أَصَابَ المُحَابَاةَ الأَخِيرَةَ قُسِمَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ العِتْقِ، فإن قيل: ينبغي أن يكون تمام الثلث للمحاباة الأولىٰ عنده، لأنَّ المحاباة الثانية مساويةٌ للعتق والمحاباة الأولىٰ راجحةٌ على العتق، والمساوي للمرجوح مرجوحٌ، فكذا في المسئلة الثانية ينبغي أن لا يشارك العتق الثانِي الأوّل عنده، لأنَّ العتق الأوَّل يساوي المحاباة والمحاباة راجحٌ على العتق الثانِي، والمساوي للراجح راجحٌ؟ قلنا: لا يرجح العتق على العتق والمحاباة على المحاباة للإجماع إذا لم يكن

لِأَنَّهَا قُرْبَةٌ مَحْضَةٌ وَهِيَ حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ وَالْمُسْتَحَقُّ لَمْ يَتَبَدَّلْ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِمِائَةٍ فَهَلَكَ بَعْضُهَا يَدْفَعُ البَاقِيَ إِلَيْهِ، وَقِيلَ هٰذِهِ المَسْأَلَةُ بِنَاءً عَلَىٰ أَصْلٍ آخَرَ مُخْتَلَفٍ فِيهِ وَهُوَ أَنَّ العِتْقَ حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ عِنْدَهُمَا حَتَّىٰ تُقْبَلَ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَىٰ فَلَمْ يَتَبَدَّلِ المُسْتَحَقُّ، وَعِنْدَهُ حَقُّ العَبْدِ حَتَّىٰ لَا تُقْبَلَ البَيِّنَةُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَىٰ، فَاخْتَلَفَ المُسْتَحَقُّ وَهٰذَا أَشْبَهُ.

قَالَ: (وَمَنْ تَرَكَ ابْنَيْنِ وَمِائَةَ دِرْهَمٍ وَعَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةُ دِرْهَمٍ وَقَدْ كَانَ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضِهِ فَأَجَازَ الوَارِثَانِ ذٰلِكَ لَمْ يَسْعَ فِي شَيْءٍ) لِأَنَّ العِتْقَ فِي مَرَضِ المَوْتِ وَإِنْ كَانَ فِي حُكْمِ الوَصِيَّةِ وَقَدْ وَقَعَتْ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا أَنَّهَا تَجُوزُ بِإِجَازَةِ الوَرَثَةِ، لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ وَقَدْ أَسْقَطُوهُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ بِعِتْقِ عَبْدِهِ ثُمَّ مَاتَ فَجَنَىٰ جِنَايَةً وَدَفَعَ بِهَا بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ) لِأَنَّ الدَّفْعَ قَدْ صَحَّ لِمَا أَنَّ حَقَّ وَلِيِّ الجِنَايَةِ مُقَدَّمٌ عَلَىٰ حَقِّ المُوصِي، فَكَذٰلِكَ عَلَىٰ حَقِّ المُوصَىٰ لَهُ لِأَنَّهُ يَتَلَقَّى المِلْكَ مِنْ جِهَتِهِ

الغير متخللًا، وكذا إذا تخلَّل الغير.

قوله: وَهٰذَا أَشْبَهُ، أي بالصواب، لأنَّهُ ثبتَ بالدليل أنه حقُّ العبد عنده فيختلف المستحقُّ إذا هلكَ شيءٌ منه.

قوله: لِأَنَّهُ يَتَلَقَّى المِلْكَ مِنْ جِهَتِهِ، أي الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصي فيكون وليُّ الجناية مقدمًا عليه أيضًا.

إِلَّا أَنَّ مِلْكَهُ فِيهِ بَاقٍ، وَإِنَّمَا يَزُولُ بِالدَّفْعِ فَإِذَا خَرَجَ بِهِ عَنْ مِلْكِهِ بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ كَمَا إِذَا بَاعَهُ المُوصِي أَوْ وَارِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَإِنْ فَدَاهُ الوَرَثَةُ كَانَ الفِدَاءُ فِي مَالِهِمْ لِأَنَّهُمْ هُمُ الَّذِينَ التَزَمُوهُ، وَجَازَتِ الوَصِيَّةُ لِأَنَّ العَبْدَ طَهُرَ عَنِ الجِنَايَةِ بِالْفِدَاءِ كَأَنَّهُ لَمْ يَجْنِ فَتَنْفُذُ الوَصِيَّةُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ مَالِهِ لِآخَرَ فَأَقَرَّ المُوصَىٰ لَهُ وَالْوَارِثُ أَنَّ المَيِّتَ أَعْتَقَ هٰذَا العَبْدَ فَقَالَ المُوصَىٰ لَهُ أَعْتَقَهُ فِي الصِّحَّةِ وَقَالَ الوَارِثُ أَعْتَقَهُ فِي المَرَضِ فَالقَوْلُ قَوْلُ الوَارِثِ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُوصَىٰ لَهُ إِلَّا أَنْ يَفْضُلَ مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ أَوْ تَقُومَ لَهُ البَيِّنَةُ أَنَّ العِتْقَ فِي الصِّحَّةِ) لِأَنَّ المُوصَىٰ لَهُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِنَ التَّرِكَةِ بَعْدَ العِتْقِ لِأَنَّ العِتْقَ فِي الصِّحَّةِ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ وَلِهٰذَا يَنْفُذُ مِنْ جَمِيعِ المَالِ، وَالْوَارِثُ يُنْكِرُ لِأَنَّ مُدَّعَاهُ العِتْقُ فِي المَرَضِ وَهُوَ وَصِيَّةٌ، وَالْعِتْقُ

قوله: إِلَّا أَنَّ مِلْكَهُ - أي ملك الموصي - فِيهِ بَاقٍ، لحاجته، حتَّىٰ لو كان العبدُ ذا رحمٍ مُحَرَّمٍ من الورثة لا يعتقُ لِمَا بينا أنَّ ملك الميِّت باقٍ لحاجته، وهذا لأنَّ ملك الورثة ملك خلافةٍ فلا يثبتُ ما لم يستغن الأصل منه، وهذا جوابُ إشكالٍ وهو أن يقال: لمَّا كان حق وليِّ الجناية مقدَّمًا علىٰ حقِّ الموصي والموصى له ينبغي أن تبطل الوصية قبل الدفع، والجوابُ عنه أنَّ ملك الموصي فيه باقٍ ما لم يدفع به، وبقاء الوصية باعتبار بقاء ملك الموصي، فإذا دفع زال ملكه فتبطل الوصية.

قوله: فَإِنْ فَدَاهُ الوَرَثَةُ كَانَ الفِدَاءُ فِي أَمْوَالِهِمْ، أي كانوا متطوِّعين.

فِي المَرَضِ مُقَدَّمٌ عَلَىٰ الوَصِيَّةِ بِثُلُثِ المَالِ فَكَانَ مُنْكِرًا، وَالْقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ مَعَ اليَمِينِ؛ وَلِأَنَّ العِتْقَ حَادِثٌ وَالْحَوَادِثُ تُضَافُ إِلَىٰ أَقْرَبِ الأَوْقَاتِ لِلتَّيَقُّنِ بِهَا فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْوَارِثِ فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ اليَمِينِ، إِلَّا أَنْ يَفْضُلَ شَيْءٌ مِنَ الثُّلُثِ عَلَىٰ قِيمَةِ العَبْدِ لِأَنَّهُ لَا مُزَاحِمَ لَهُ فِيهِ أَوْ تَقُومَ لَهُ البَيِّنَةُ أَنَّ العِتْقَ فِي الصِّحَّةِ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالْبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً وَهُوَ خَصْمٌ فِي إِقَامَتِهَا لِإِثْبَاتِ حَقِّهِ.

قَالَ: (وَمَنْ تَرَكَ عَبْدًا فَقَالَ لِلْوَارِثِ أَعْتَقَنِي أَبُوكَ فِي الصِّحَّةِ وَقَالَ رَجُلٌ لِي عَلَىٰ أَبِيكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ صَدَقْتُمَا فَإِنَّ العَبْدَ يَسْعَىٰ فِي قِيمَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) ، وَقَالَا: يَعْتِقُ وَلَا يَسْعَىٰ فِي شَيْءٍ لِأَنَّ الدَّيْنَ وَالْعِتْقَ فِي الصِّحَّةِ ظَهَرَا مَعًا بِتَصْدِيقِ الوَارِثِ فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ فَصَارَا كَأَنَّهُمَا كَانَا مَعًا، وَالْعِتْقُ فِي الصِّحَّةِ لَا يُوجِبُ السِّعَايَةَ وَإِنْ كَانَ عَلَىٰ المُعْتِقِ دَيْنٌ. وَلَهُ أَنَّ الإِقْرَارَ بِالدَّيْنِ أَقْوَىٰ

قوله: وَهُوَ خَصْمٌ فِي إِقَامَتِهَا، جوابٌ عن إشكالٍ علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، فإنَّ العتق عنده حقُّ العبد فلا بُدَّ من الخصومة وهو الدَّعوىٰ حتى تقبل البينة، ولم توجد الدعوىٰ من العبد فينبغي أن لا يقبل البينة على العتق، والجوابُ عنه أنَّ البينة إنَّما وجدت من الخصم فإنَّ الموصى له بِهذه البينة يثبت لنفسه حقه فيكون خصمًا، والبينة من الخصم مقبولةٌ.

قوله: وَالْعِتْقُ فِي الصِّحَّةِ لَا يُوجِبُ السِّعَايَةَ، وَإِنْ كَانَ عَلَى المُعْتِقِ دَيْنٌ، لأنَّ

لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ المَالِ، وَالْإِقْرَارُ بِالْعِتْقِ فِي المَرَضِ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ، وَالْأَقْوَىٰ يَدْفَعُ الأَدْنَىٰ، فَقَضِيَّتُهُ أَنْ يَبْطُلَ العِتْقُ أَصْلًا إِلَّا أَنَّهُ بَعْدَ وُقُوعِهِ لَا يَحْتَمِلُ البُطْلَانَ فَيُدْفَعُ مِنْ حَيْثُ المَعْنَىٰ بِإِيجَابِ السِّعَايَةِ، وَلِأَنَّ الدَّيْنَ أَسْبَقُ لِأَنَّهُ لَا مَانِعَ لَهُ مِنَ الِاسْتِنَادِ فَيَسْتَنِدُ إِلَىٰ حَالَةِ الصِّحَّة، وَلَا يُمْكِنُ إِسْنَادُ العِتْقِ إِلَىٰ تِلْكَ الحَالَةِ لِأَنَّ الدَّيْنَ يَمْنَعُ العِتْقَ فِي حَالَةِ المَرَضِ مَجَّانًا فَتَجِبُ السِّعَايَةُ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافُ إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَتَرَكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَقَالَ رَجُلٌ لِي عَلَىٰ المَيِّتِ أَلْفُ دِرْهَمٍ دَيْنٌ وَقَالَ الآخَرُ كَانَ لِي عِنْدَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً فَعِنْدَهُ الْوَدِيعَةُ أَقْوَىٰ وَعِنْدَهُمَا سَوَاءٌ.

من أعْتَق عبدًا في صحته ثمَّ ماتَ وعليه دينٌ لم يسع العبدُ له في شيءٍ، فهذا مثله، وهذا لأنَّ الإقرار بِهذين الأمرين في حالة المرض إنَّما يمنعُ أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما متأخرًا عن الآخر، فيمنع المتقدِّمُ المتأخِّر، وهٰهنا لمَّا حصلا معًا بتصديقِ كلِّ واحدٍ يجعل كأنَّ الأمرين كان مثبتًا بالبينة فيثبتان معًا لذلك.

قوله: وَلَا يُمْكِنُ إِسْنَادُ العِتْقِ، وهذا لأنَّ العتقَ لم يظهر إلَّا ومعه الدين، وإنه يمنع ظهور العتق مجانًا في المرض، وإسناد العتق إلىٰ حالة الصحة يكون بعد ثبوته فصار الدين مانعًا إسناد العتق إلى الصحة فبقي العتق مقصورًا.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافُ، وفي شرح الجامع الصغير وشروح المنظومة: الخلاف علىٰ عكس هذا، فعندهما الوديعة أقوىٰ وعنده هما سواءٌ. والله تعالىٰ أعلم.

فَصْلٌ: [أَوْصَى بِوَصَايَا مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى]

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ بِوَصَايَا مِنْ حُقُوقِ اللهِ تَعَالَىٰ قُدِّمَتِ الفَرَائِضُ مِنْهَا قَدَّمَهَا المُوصِي أَوْ أَخَّرَهَا مِثْلَ الحَجِّ وَالزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَاتِ) لِأَنَّ الفَرِيضَةَ أَهَمُّ مِنَ النَّافِلَةِ، وَالظَّاهِرُ مِنْهُ البُدَاءَةُ بِمَا هُوَ الأَهَمُّ (فَإِنْ تَسَاوَتْ فِي القُوَّةِ بُدِئَ بِمَا قَدَّمَهُ المُوصِي إِذَا ضَاقَ عَنْهَا الثُّلُثُ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالْأَهَمِّ. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالزَّكَاةِ

فصل: [أوصى بوصايا من حقوق اللّه تعالى]

قوله: وَمَنْ أَوْصَىٰ بِوَصَايَا مِنْ حُقُوقِ اللهِ تَعَالَىٰ قُدِّمَتِ الفَرَائِضُ مِنْهَا، الوصايا لا يخلو إمَّا أن يكون كلها لله تعالىٰ أو كلها للعباد، وما كان لله تعالىٰ فلا يخلو إمَّا أن يكون كله فرائضٌ، كالزكاة والصوم والحج والصلاة، أو كله واجباتٌ، كالكفارات والنذور وصدقة الفطر، أو كله تطوعًا، كالوصية بحجِّ التطوع والصدقة على الفقراء وما أشبهها، فإن جمع بين هذه الوصايا كلها فإن كان ثلث ماله يحتمل جميع ما أوْصىٰ فإنه ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله، وإن كان ثلث ماله لا يحتمل ذلك فإن أجازت الورثة فكذلك، وإن لم تجز الورثة فإنه ينظر، إن كانت وصاياه كلها لله تعالىٰ فإنه ينظر، إن كانت كلها فرائضَ فإنَّا نبدأ بما بدأ به الميت، وإن كانت واجبات فإنه يبدأ بما بدأ به أيضًا، وكذلك لو كانت كلها تطوعًا، فإن كان بعضها فرائض، وبعضها واجبات، وبعضها تطوعًا، فإنه يبدأ بالفرائض أوَّلًا وإن أخَّرها، ثمَّ بالواجبات، ثمَّ بالتطوع.

وَيُقَدِّمُهَا عَلَىٰ الحَجِّ وَهُوَ إِحْدَىٰ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَفِي رِوَايَةٍ عَنْهُ أَنَّهُ يُقَدِّمُ الحَجَّ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ. وَجْهُ الأُولَىٰ أَنَّهُمَا وَإِنِ اسْتَوَيَا فِي الفَرِيضَةِ فَالزَّكَاةُ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ العِبَادِ فَكَانَ أَوْلَىٰ. وَجْهُ الأُخْرَىٰ أَنَّ الحَجَّ يُقَامُ بِالْمَالِ وَالنَّفْسِ وَالزَّكَاةُ بِالْمَالِ قَصْرًا عَلَيْهِ فَكَانَ الحَجُّ أَقْوَىٰ، ثُمَّ تُقَدَّمُ الزَّكَاةُ وَالْحَجُّ عَلَىٰ الكَفَّارَاتِ لِمَزِيَّتِهِمَا عَلَيْهَا فِي القُوَّةِ، إِذْ قَدْ جَاءَ فِيهِمَا مِنَ الوَعِيدِ مَا لَمْ يَأْتِ فِي الكَفَّارَاتِ، وَالْكَفَّارَةُ فِي القَتْلِ وَالظِّهَارِ وَالْيَمِينِ مُقَدَّمَةٌ عَلَىٰ صَدَقَةِ الفِطْرِ لِأَنَّهُ عُرِفَ وُجُوبُهَا دُونَ صَدَقَةِ الفِطْرِ، وَصَدَقَةُ الفِطْرِ مُقَدَّمَةٌ عَلَىٰ الأُضْحِيَّةِ لِلْاِتِّفَاقِ عَلَىٰ وُجُوبِهَا بِالْقُرْآنِ وَالِاخْتِلَافِ فِي الأُضْحِيَّةِ، وَعَلَىٰ هٰذَا القِيَاسِ يُقَدَّمُ بَعْضُ الوَاجِبَاتِ عَلَىٰ البَعْضِ.

قوله: إِذْ قَدْ جَاءَ فِيهِمَا مِنَ الوَعِيدِ، قال اللهُ تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكۡنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلۡفِضَّةَ﴾ [التوبة: ٣٤] الآية، وقال اللهُ تعالىٰ: ﴿وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ ٱلۡعَٰلَمِينَ ۝٩٧﴾ [آل عمران: ٩٧] مكان قوله: ومن لم يحج، وقال عليه الصلاة والسلام: «من ماتَ وعليه حجة الإسلام إن شاء ماتَ يهوديًّا وإن شاء ماتَ نصرانيًّا».

قوله: وَالْكَفَّارَةُ فِي القَتْلِ وَالظِّهَارِ وَالْيَمِينُ مُقَدَّمَةٌ عَلَىٰ صَدَقَةِ الفِطْرِ، وإنَّما قيَّد بهذه الكفارات الثلاث في التقديم علىٰ صدقة الفطر لِمَا أنَّ صدقة الفطر مقدَّمةٌ علىٰ كفارة الفطر، لأنَّ كفارة الفطر ثبتت بخبر الواحد وصدقة الفطر بأخبار مستفيضة والإجماع.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا القِيَاسِ يُقَدَّمُ بَعْضُ الوَاجِبَاتِ عَلَى البَعْضِ، فمن ذلك أنَّ صدقة

قَالَ: (وَمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ قُدِّمَ مِنْهُ مَا قَدَّمَهُ الْمُوصِي) لِمَا بَيَّنَّا وَصَارَ كَمَا إِذَا صَرَّحَ بِذٰلِكَ. قَالُوا: إِنَّ الثُّلُثَ يُقْسَمُ عَلَىٰ جَمِيعِ الوَصَايَا مَا

الفطر وجبت بإيجاب الله فيقدَّم على الواجب بإيجاب العبد، والنذور والكفارات كلها مقدَّمةٌ على الأضحية، لأنَّ الأضحية اختلفوا في وجوبِها ولم يختلفوا في وجوب النذور، والأضحية مقدَّمة على النوافل، ثمَّ كفارة القتل مقدَّمةٌ علىٰ غيرها لأنَّ كفارة القتل أقوىٰ، ألا ترىٰ أنَّ الإسلامَ شرطٌ فى ذلك، ثمَّ تقدَّم كفارة اليمين علىٰ كفارة الظهار لأنَّ كفارة اليمين وجبت بِهتك حرمة اسم الله تعالىٰ، وكفارة الظهار وجبت بإيجاب حرمة علىٰ نفسه فكانت كفارة اليمين أقوىٰ.

قوله: وَمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ قُدِّمَ مِنْهُ مَا قَدَّمَهُ الْمُوصِي، بأن أوْصىٰ بأن يحجَّ عنه تطوُّعًا، أو أوْصىٰ بأن يعتق عنه نسمةً تطوُّعًا ولم يعينها، أو أوْصىٰ بأن يتصدَّق عنه بمائةٍ على الفقراء لا بأعيانِهم، فإنه يبدأ بما بدأ به الميت، وإنَّما كان كذلك لأنَّ الموصىٰ له في هذه الصورة واحدٌ وهو الله تعالى، لأنَّ الوصية بالحجِّ صحَّت، وكذلك الوصية بعتق نسمةٍ لا بعينها صحت لله تعالىٰ لا للعبد، لأنَّ العبد إذا لم يكن بعينه كان مجهولًا، والوصية للمجهول لا تصحُّ، فثبتَ أنَّ الموصى له واحدٌ والمقصودُ واحدٌ وهو التقرُّب إلى الله تعالى.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلىٰ قوله: لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالْأَهَمِّ.

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا صَرَّحَ بِذٰلِكَ، وهو أن يقول: ابدءوا بما بدأتُ به، هذا هو ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ أنه يبدأ بالأفضل فالأفضل، يبدأ بالصدقة، ثمَّ بالحج، ثمَّ بالعتق، سواءٌ بدأ بالصدقة أم أخَّرها.

قوله: قَالُوا: إِنَّ الثُّلُثَ يُقْسَمُ عَلَىٰ جَمِيعِ الوَصَايَا، مَا كَانَ لِلّٰهِ تَعَالَىٰ وَمَا كَانَ

كَانَ لِلّٰهِ تَعَالَىٰ وَمَا كَانَ لِلْعَبْدِ، فَمَا أَصَابَ الْقُرَبَ صُرِفَ إِلَيْهَا عَلَىٰ التَّرْتِيبِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ وَيُقْسَمُ عَلَىٰ عَدَدِ الْقُرَبِ وَلَا يُجْعَلُ الجَمِيعُ كَوَصِيَّةٍ وَاحِدَةٍ، لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ المَقْصُودُ بِجَمِيعِهَا رِضًا لِلّٰهِ تَعَالَىٰ فَكُلُّ وَاحِدَةٍ فِي نَفْسِهَا مَقْصُودٌ فَتَنْفَرِدُ كَمَا تَنْفَرِدُ وَصَايَا الآدَمِيِّينَ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ بِحَجَّةِ الإِسْلَامِ أَحَجُّوا عَنْهُ رَجُلًا مِنْ بَلَدِهِ يَحُجُّ رَاكِبًا) لِأَنَّ الوَاجِبَ لِلّٰهِ تَعَالَىٰ الحَجُّ مِنْ بَلَدِهِ وَلِهٰذَا يُعْتَبَرُ فِيهِ مِنَ المَالِ مَا يَكْفِيهِ مِنْ بَلَدِهِ وَالْوَصِيَّةُ لِأَدَاءِ مَا هُوَ الوَاجِبُ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا قَالَ رَاكِبًا لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَحُجَّ مَاشِيًا فَانْصَرَفَ إِلَيْهِ عَلَىٰ الوَجْهِ الَّذِي وَجَبَ عَلَيْهِ.

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ تَبْلُغَ الوَصِيَّةُ النَّفَقَةَ أَحَجُّوا عَنْهُ مِنْ حَيْثُ تَبْلُغُ) وَفِي القِيَاسِ لَا يَحُجُّ عَنْهُ، لِأَنَّهُ أَمَرَ بِالْحَجَّةِ عَلَىٰ صِفَةٍ عَدِمْنَاهَا فِيهِ، غَيْرَ أَنَّا جَوَّزْنَاهُ لِأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ المُوصِيَ قَصَدَ تَنْفِيذَ الوَصِيَّةِ فَيَجِبُ تَنْفِيذُهَا

لِلْعَبْدِ، فيجعل كل جهة من جهات القربة مفردةً ولا يجعل جهة واحدةً، نحو أن يقول: ثلث مالي في الحجِّ والزكاة والكفارات ولزيد، يقسم علىٰ أربعة أسْهُمٍ، لأنَّ كل جهة من هذه غير الجهة الأخرىٰ، وإن كان متحدًا وهو القربة، ولكن تعتبر الجهة المسمَّاة، لأنَّ الجهة المنصوص عليها وهو كما إذا أوْصىٰ للفقراء والمساكين وابن السبيل يصرفُ لكلِّ جهة سهمٌ، وإن كان المقصود من الجميع القربة، ثمَّ ما أصابَ القرب يصرف إليها على التَّرتيب الذي ذكرنا.

مَا أَمْكَنَ وَالْمُمْكِنُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَهُوَ أَوْلَىٰ مِنْ إِبْطَالِهَا رَأْسًا، وَقَدْ فَرَّقْنَا بَيْنَ هٰذَا وَبَيْنَ الوَصِيَّةِ بِالْعِتْقِ مِنْ قَبْلُ.

قَالَ: (وَمَنْ خَرَجَ مِنْ بَلَدِهِ حَاجًّا فَمَاتَ فِي الطَّرِيقِ وَأَوْصَىٰ أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ يَحُجَّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَحُجُّ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ بَلَغَ اسْتِحْسَانًا، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا مَاتَ الحَاجُّ عَنْ غَيْرِهِ فِي الطَّرِيقِ. لَهُمَا أَنَّ السَّفَرَ بِنِيَّةِ الحَجِّ وَقَعَ قُرْبَةً وَسَقَطَ فَرْضُ قَطْعِ المَسَافَةِ بِقَدْرِهِ وَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَىٰ اللهِ فَيَبْتَدِئُ مِنْ ذٰلِكَ المَكَانِ كَأَنَّهُ مِنْ أَهْلِهِ، بِخِلَافِ سَفَرِ التِّجَارَةِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ قُرْبَةً فَيَحُجُّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ. وَلَهُ أَنَّ الوَصِيَّةَ تَنْصَرِفُ إِلَىٰ الحَجِّ مِنْ بَلَدِهِ عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ أَدَاءً لِلْوَاجِبِ عَلَىٰ الوَجْهِ الَّذِي وَجَبَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: وَقَدْ فَرَّقْنَا بَيْنَ هٰذَا وَبَيْنَ الوَصِيَّةِ بِالْعِتْقِ مِنْ قَبْلُ، والفرقُ وقعَ علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ وهو ما ذكر قبل هذا الفصل في قوله: وله أنه وصية بعتق عبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى بأقلَّ منه تنفيذ لغير الموصىٰ له إلخ.

قوله: وَمَنْ خَرَجَ مِنْ بَلَدِهِ حَاجًّا، قيَّد بقوله: حَاجًّا، لأَنَّهُ لو خرج للتجارة فإنه يحجُّ من بلده بالاتفاق، وإليه أشار بقوله: بِخِلَافِ سَفَرِ التِّجَارَةِ.

قوله: عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ، أراد به قوله قبل هذا: وَمَنْ أَوْصَىٰ بِحَجَّةِ الإِسْلَامِ أَحَجُّوا عَنْهُ رَجُلًا مِنْ بَلَدِهِ يَحُجُّ رَاكِبًا، لِأَنَّ الوَاجِبَ لِلّٰهِ تَعَالَىٰ الحَجُّ مِنْ بَلَدِهِ، إلخ. والله تعالىٰ أعلم.

بَابُ الوَصِيَّةِ لِلْأَقَارِبِ وَغَيْرِهِمْ

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ لِجِيرَانِهِ فَهُمُ المُلَاصِقُونَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: هُمُ المُلَاصِقُونَ وَغَيْرُهُمْ مِمَّنْ يَسْكُنُ مَحَلَّةَ المُوصِي وَيَجْمَعُهُمْ مَسْجِدُ المَحَلَّةِ) وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ. وَقَوْلُهُ قِيَاسٌ لِأَنَّ الجَارَ مِنَ المُجَاوَرَةِ وَهِيَ المُلَاصَقَةُ حَقِيقَةً وَلِهٰذَا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ بِهٰذَا الجِوَارِ، وَلِأَنَّهُ لَمَّا صَرَفَهُ إِلَىٰ الجَمِيعِ يُصْرَفُ إِلَىٰ أَخَصِّ الخُصُوصِ وَهُوَ المُلَاصِقُ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ هٰؤُلَاءِ كُلَّهُمْ يُسَمَّونَ جِيرَانًا عُرْفًا، وَقَدْ تَأَيَّدَ بِقَوْلِهِ - صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَا صَلَاةَ لِجَارِ المَسْجِدِ إِلَّا فِي المَسْجِدِ» وَفَسَّرَهُ بِكُلِّ مَنْ سَمِعَ النِّدَاءَ، وَلِأَنَّ المَقْصَدَ بِرُّ الجِيرَانِ وَاسْتِحْبَابُهُ يَنْتَظِمُ المُلَاصِقَ وَغَيْرَهُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الِاخْتِلَاطِ وَذٰلِكَ عِنْدَ اتِّحَادِ المَسْجِدِ، وَمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: الجِوَارُ إِلَىٰ أَرْبَعِينَ دَارًا بَعِيدٌ، وَمَا يُرْوَىٰ فِيهِ ضَعِيفٌ. قَالُوا: وَيَسْتَوِي فِيهِ السَّاكِنُ

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قوله: وَمَا يُرْوَىٰ فِيهِ ضَعِيفٌ، وهو ما رُوِيَ عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «الجار أربعون دارًا، هكذا، وهكذا، وهكذا» أشار إلى الجوانب الثلاثة: يمين ويسار

وَالْمَالِكُ وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَىٰ وَالْمُسْلِمُ الذِّمِّيُّ لِأَنَّ اسْمَ الجَارِ يَتَنَاوَلُهُمْ وَيَدْخُلُ فِيهِ العَبْدُ السَّاكِنُ عِنْدَهُ لِإِطْلَاقِهِ، وَلَا يَدْخُلُ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ الوَصِيَّةَ لَهُ وَصِيَّةٌ لِمَوْلَاهُ وَهُوَ غَيْرُ سَاكِنٍ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ لِأَصْهَارِهِ فَالْوَصِيَّةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنِ امْرَأَتِهِ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لَمَّا تَزَوَّجَ صَفِيَّةَ أَعْتَقَ كُلَّ مَنْ مَلَكَ مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهَا إِكْرَامًا لَهَا» وَكَانُوا يُسَمَّوْنَ أَصْهَارَ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -. وَهٰذَا التَّفْسِيرُ اخْتِيَارُ مُحَمَّدٍ وَأَبِي عُبَيْدَةَ، وَكَذَا يَدْخُلُ فِيهِ كُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ زَوْجَةِ أَبِيهِ وَزَوْجَةِ ابْنِهِ وَزَوْجَةِ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لِأَنَّ الكُلَّ أَصْهَارٌ. وَلَوْ مَاتَ المُوصِي وَالْمَرْأَةُ فِي نِكَاحِهِ أَوْ فِي عِدَّتِهِ مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ فَالصِّهْرُ يَسْتَحِقُّ الوَصِيَّةَ وَإِنْ كَانَتْ فِي عِدَّةٍ مِنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ لَا يَسْتَحِقُّهَا لِأَنَّ

وخلف، قلنا: هذا خبَرٌ لا يعرف، وقد طعن في روايةٍ مع ذلك.

قوله: وَيَدْخُلُ فِيهِ العَبْدُ السَّاكِنُ عِنْدَهُ - أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ - لِإِطْلَاقِهِ، أي لإطلاق اسم الجار، وعندهما لا يدخل، وفي الزيادات والمحيط: ولا يدخل فيه العبد والإماء والمدبَّرون وأمَّهات الأولاد، لأنَّهُ لا جوارَ لهم لأنَّهم أتباع في السكنى، من غير ذكر خلافٍ، والأرملة تدخل لأنَّ سكناها مضافٌ إليهم، والتي هيَ ذات بعلٍ لا تدخلُ لأنَّ سكناها غير مضافٍ إليها فلم تكن جارًا حقيقةً.

قوله: وَإِنْ كَانَتْ فِي عِدَّةٍ مِنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ لَا يَسْتَحِقُّهَا، وإن كانت ترثُ منه بأن

بَقَاءَ الصِّهْرِيَّةِ بِبَقَاءِ النِّكَاحِ وَهُوَ شَرْطٌ عِنْدَ المَوْتِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ لِأَخْتَانِهِ فَالْوَصِيَّةُ لِزَوْجِ كُلِّ ذَاتِ رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ وَكَذَا مَحَارِمُ الأَزْوَاجِ) لِأَنَّ الكُلَّ يُسَمَّىٰ خَتَنًا. قِيلَ هٰذَا فِي عُرْفِهِمْ. وَفِي عُرْفِنَا لَا يَتَنَاوَلُ الأَزْوَاجُ المَحَارِمَ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الحُرُّ وَالْعَبْدُ وَالْأَقْرَبُ وَالْأَبْعَدُ. لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ الكُلَّ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ لِأَقَارِبِهِ فَهِيَ لِلْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبِ مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الوَالِدَانِ وَالْوَلَدُ وَيَكُونُ ذٰلِكَ لِلِاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَ صَاحِبَاهُ: الوَصِيَّةُ

كان الطلاق في حالة المرض، كذا في المغني.

قوله: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِأَقَارِبِهِ فَهِيَ لِلْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبِ مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ، إلخ، وحاصله أنَّ عند أبي حنيفةَ رحمه الله تعالىٰ في هذه المسئلة ستَّة أشياء: أحدها: أن يكون المستحق بِهذا اللفظ ذا رحم محرم من الوصيِّ، والثانِي: أنَّ ذلك لا يتفاوت من قبل الآباء والأمَّهات، والثالث: يجب أن يكون ممن لا يرثُ، والرابع: أن يقدم الأقرب فالأقرب، والخامس: أن يكون المستحق به اثنين فصاعدًا، والسادس: أن لا يدخل فيه الوالد والولد، ويدخل فيه الجدُّ وولد الولد في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة وهلال عن أبي يوسف رحمهم الله تعالىٰ أنه لا يدخل، وقال صاحباه: الوصية لكلِّ من نُسب إلىٰ أقصىٰ أبٍ له في الإسلام، وفي المبسوط: كان هذا في زمن محمد رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ زمنه ما كان في أقرباء الإنسان الذين ينسبون إلىٰ أقصىٰ أبٍ له كثرةً، وأمَّا في زماننا فيهم كثرة ولا يمكنُ إحصاؤهم فتُصْرَف الوصية إلىٰ أولاد ابنه وجدِّه وجدِّ أبيه

لِكُلِّ مَنْ يُنْسَبُ إِلَىٰ أَقْصَىٰ أَبٍ لَهُ فِي الإِسْلَامِ) وَهُوَ أَوَّلُ أَبٍ أَسْلَمَ أَوْ أَوَّلُ أَبٍ أَدْرَكَ الإِسْلَامَ وَإِنْ لَمْ يُسْلِمْ عَلَىٰ حَسَبِ مَا اخْتَلَفَ فِيهِ الْمَشَايِخُ. وَفَائِدَةُ الِاخْتِلَافِ تَظْهَرُ فِي أَوْلَادِ أَبِي طَالِبٍ فَإِنَّهُ أَدْرَكَ الإِسْلَامَ وَلَمْ يُسْلِمْ. لَهُمَا أَنَّ الْقَرِيبَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْقَرَابَةِ فَيَكُونُ اسْمًا لِمَنْ قَامَتْ بِهِ فَيَنْتَظِمُ بِحَقِيقَةِ مَوَاضِعِ الخِلَافِ. وَلَهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ، وَفِي الْمِيرَاثِ يُعْتَبَرُ الأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ، وَالْمُرَادُ بِالْجَمْعِ الْمَذْكُورِ فِيهِ اثْنَانِ فَكَذَا فِي الْوَصِيَّةِ، وَالْمَقْصِدُ مِنْ هٰذِهِ الْوَصِيَّةِ تَلَافِي مَا فَرَطَ فِي إِقَامَةِ وَاجِبِ الصِّلَةِ وَهُوَ يَخْتَصُّ بِذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ مِنْهُ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ قَرَابَةُ الْوِلَادِ فَإِنَّهُمْ لَا يُسَمَّونَ أَقْرِبَاءَ، وَمَنْ سَمَّىٰ وَالِدَهُ قَرِيبًا كَانَ مِنْهُ عُقُوقًا، وَهٰذَا لِأَنَّ الْقَرِيبَ فِي عُرْفِ اللِّسَانِ مَنْ يَتَقَرَّبُ إِلَىٰ غَيْرِهِ بِوَسِيلَةِ غَيْرِهِ، وَتَقَرُّبُ الْوَالِدِ وَالْوَلَدِ بِنَفْسِهِ

وأولاد أمِّه وجدَّته وجدَّة أمه لا يصرف إلىٰ أكثر من ذلك.

قوله: وَهُوَ أَوَّلُ أَبٍ أَسْلَمَ أَوْ أَوَّلُ أَبٍ أَدْرَكَ الإِسْلَامَ وَإِنْ لَمْ يُسْلِمْ عَلَى حَسَبِ مَا اخْتَلَفَ فِيهِ الْمَشَايِخُ. وَفَائِدَةُ الِاخْتِلَافِ تَظْهَرُ فِي أَوْلَادِ أَبِي طَالِبٍ فَإِنَّهُ أَدْرَكَ الإِسْلَامَ وَلَمْ يُسْلِمْ، لا وهو ما إذا كان الموصي علويًّا فعلى القول الأوَّل أقصىٰ أب أسْلَم عليٌّ رضي الله عنه فلا يدخل في الوصية أولاد عقيل وجعفر رضي الله عنهما، وعلى القول الثاني أقصىٰ أبٍ أدرك الإسلام أبو طالب فيدخل فيه أولاد عقيل وجعفر، ولا يدخل أولاد عبد المطلب بالإجماع لأنَّهُ لم يدرك الإسلام.

لَا بِغَيْرِهِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِظَاهِرِ اللَّفْظِ بَعْدَ انْعِقَادِ الإِجْمَاعِ عَلَىٰ تَرْكِهِ، فَعِنْدَهُ يُقَيَّدُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَعِنْدَهُمَا بِأَقْصَىٰ الأَبِ فِي الإِسْلَامِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ بِالْأَبِ الأَدْنَىٰ.

قَالَ: (وَإِذَا أَوْصَىٰ لِأَقَارِبِهِ وَلَهُ عَمَّانِ وَخَالَانِ فَالْوَصِيَّةُ لِعَمَّيْهِ) عِنْدَهُ اعْتِبَارٌ لِلْأَقْرَبِ كَمَا فِي الإِرْثِ، وَعِنْدَهُمَا بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا إِذْ هُمَا لَا يَعْتَبِرَانِ الأَقْرَبَ (وَلَوْ تَرَكَ عَمًّا وَخَالَيْنِ فَلِلْعَمِّ نِصْفُ الوَصِيَّةِ وَالنِّصْفُ لِلْخَالَيْنِ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنِ اعْتِبَارِ مَعْنَىٰ الجَمِيعِ وَهُوَ الِاثْنَانِ فِي الوَصِيَّةِ كَمَا فِي المِيرَاثِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ لِذِي قَرَابَتِهِ حَيْثُ يَكُونُ لِلْعَمِّ كُلُّ الوَصِيَّةِ، لِأَنَّ اللَّفْظَ لِلْفَرْدِ فَيُحْرِزُ الوَاحِدُ كُلَّهَا إِذْ هُوَ الأَقْرَبُ، وَلَوْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَاحِدٌ فَلَهُ الثُّلُثُ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَلَوْ تَرَكَ عَمًّا وَعَمَّةً وَخَالًا

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِظَاهِرِ اللَّفْظِ، جوابُ إشكالٍ علىٰ قولهما وهو أن يقال: أنَّهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو اسم القرابة فوجب التساوي في الاستحقاق، أصله إذا أوْصى لبني فلان؟ فأجابَ أنه لا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع علىٰ تركه، فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ يقيَّد بالأقرب فالأقرب من كل ذي رحمٍ محرمٍ منه، وعندهما بأقصى أب في الإسلام، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ بالأب الأدنىٰ، أي يدخل من قرابة الموصي من قبل أبيه وأمّه من يجمعه إلىٰ أدنىٰ أبٍ منسوب إليه، ولا يدخلُ ما وراء الأدنىٰ من قرابته عنده.

قوله: وَلَوْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَاحِدٌ فَلَهُ الثُّلُثُ لِمَا بَيَّنَّاهُ، أراد به قوله: لا بُدَّ من اعتبار معنى الجمعية.

وَخَالَةً فَالْوَصِيَّةُ لِلْعَمِّ وَالْعَمَّةِ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ لِاسْتِوَاءِ قَرَابَتِهِمَا وَهِيَ أَقْوَىٰ، وَالْعَمَّةُ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ وَارِثَةً فَهِيَ مُسْتَحِقَّةٌ لِلْوَصِيَّةِ كَمَا لَوْ كَانَ القَرِيبُ رَقِيقًا أَوْ كَافِرًا، وَكَذَا إِذَا أَوْصَىٰ لِذَوِي قَرَابَتِهِ أَوْ لِأَقْرِبَائِهِ أَوْ لِأَنسِبَائِهِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّ كُلَّ ذٰلِكَ لَفْظُ جَمْعٍ، وَلَوِ انْعَدَمَ المَحْرَمُ بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ لِأَنَّهَا مُقَيَّدَةٌ بِهٰذَا الوَصْفِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ لِأَهْلِ فُلَانٍ فَهِيَ عَلَىٰ زَوْجَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -)، وَقَالَ: يَتَنَاوَلُ كُلَّ مَنْ يَعُولُهُمْ وَتَضُمُّهُمْ نَفَقَتُهُ اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ وَهُوَ مُؤَيَّدٌ بِالنَّصِّ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿وَأْتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ [يوسف: ٩٣] وَلَهُ أَنَّ اسْمَ الأَهْلِ حَقِيقَةٌ فِي الزَّوْجَةِ يَشْهَدُ بِذٰلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِ﴾ [القصص: ٢٩] وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ تَأَهَّلَ بِبَلْدَةِ كَذَا، وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَىٰ الحَقِيقَةِ. قَالَ: وَلَوْ أَوْصَىٰ لِآلِ فُلَانٍ فَهُوَ لِأَهْلِ بَيْتِهِ لِأَنَّ الآلَ القَبِيلَةُ الَّتِي يُنْسَبُ إِلَيْهَا، وَلَوْ أَوْصَىٰ لِأَهْلِ بَيْتِ فُلَانٍ يَدْخُلُ فِيهِ أَبُوهُ وَجَدُّهُ لِأَنَّ الأَبَ أَصْلُ البَيْتِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ لِأَهْلِ نَسَبِهِ أَوْ لِجِنْسِهِ فَالنَّسَبُ عِبَارَةٌ عَمَّنْ يُنْسَبُ إِلَيْهِ، وَالنَّسَبُ يَكُونُ مِنْ جِهَةِ

قوله: لِأَنَّهَا مُقَيَّدَةٌ بِهٰذَا الوَصْفِ، لأنَّ غرضه الصلةُ لأقربائه، وما كان بطريق الصلة يختصُّ بذي الرحم المحرم كالنفقة.

قوله: وَقَالَ: يَتَنَاوَلُ كُلَّ مَنْ يَعُولُهُمْ وَتَضُمُّهُمْ نَفَقَتُهُ، ولكن لا يدخلُ تحت هذه الوصية مماليكه وإن كان يضمهم بنفقته.

الآبَاءِ، وَجِنْسُهُ أَهْلُ بَيْتِ أَبِيهِ دُونَ أُمِّهِ لِأَنَّ الإِنْسَانَ يَتَجَنَّسُ بِأَبِيهِ، بِخِلَافِ قَرَابَتِهِ حَيْثُ تَكُونُ مِنْ جَانِبِ الأُمِّ وَالْأَبِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ لِأَيْتَامِ بَنِي فُلَانٍ أَوْ لِعُمْيَانِهِمْ أَوْ لِزَمْنَاهُمْ أَوْ لِأَرَامِلِهِمْ إِنْ كَانُوا قَوْمًا يُحْصَوْنَ دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ فُقَرَاؤُهُمْ وَأَغْنِيَاؤُهُمْ ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ، لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَحْقِيقَ التَّمْلِيكِ فِي حَقِّهِمْ وَالْوَصِيَّةُ تَمْلِيكٌ. وَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ

قوله: لِأَنَّ الإِنْسَانَ يَتَجَنَّسُ بِأَبِيهِ، لأنَّ الجنسَ عبارةٌ عن النسب والنسبُ يكون من جهة الآباء، وجنسه أهل بيتِ أبيه دون أمّه، فإنَّ اسماعيل عليه السلام كان من هاجر وكان من جنس قوم أبيه، وإبراهيم رضي الله عنه ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريشٍ، وأولاد الخلفاء من الإماء يصلحون للخلافة، فعلمنا أنَّهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الأمّ، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَوْ أَوْصَىٰ لِأَيْتَامِ بَنِي فُلَانٍ، فاليتيمُ اسم لصغيرٍ ماتَ أبوه، لقول النبي صلّى الله عليه وسلم: «لا يُتْمَ بعد الحُلُم»، ولأنَّ اليتمَ عبارةٌ عن الانفراد يقال: دُرَّةٌ يتيمةٌ، أي لا نظيرَ لها، فهي منفردةٌ، فمن انفردَ عمَّن يربّيه في حال حاجته إلى التربية كان يتيمًا، وبعد البلوغ فقد استغنىٰ عمَّن يربّيه لقدرته على القيام بمصالحِ نفسه فلا يُسمَّىٰ يتيمًا. فإن قيل: أليسَ أنَّ الكفار كانوا يسمُّون رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يتيمَ أبي طالبٍ؟ قلنا: هذا لطفٌ من الله تعالىٰ لنبيه فإنَّهم كانوا يسمُّونه اليتيمَ وليس بيتيمٍ فلا يتناوله سهمٌ كما كانوا يسمونه مذممًا فيسبُّون المذمم ولا يتناوله، لأنَّهُ كان محمدًا عليه الصلاة والسلام، ثمَّ يدخلُ فيه الفقيرُ والغنيُّ هٰهنا لتحقق معنى اليتيم في الفريقين.

قوله: إِنْ كَانُوا قَوْمًا يُحْصَوْنَ، وتفسيره عند أبي يوسف أن يحصوا بغير كتابٍ، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ: إذا كانوا أكثر من مائةٍ فهم لا يحصون، وقال بعضهم:

فَالْوَصِيَّةُ فِي الفُقَرَاءِ مِنْهُمْ، لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنَ الوَصِيَّةِ القُرْبَةُ وَهِيَ فِي سَدِّ الخَلَّةِ وَرَدِّ الجَوْعَةِ. وَهٰذِهِ الأَسَامِي تُشْعِرُ بِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ فَجَازَ حَمْلُهُ عَلَىٰ الفُقَرَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ لِشُبَّانِ بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ أَوْ لِأَيَامَىٰ بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ حَيْثُ تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي اللَّفْظِ مَا يُنْبِئُ عَنِ الحَاجَةِ فَلَا يُمْكِنُ صَرْفُهُ

مفوَّضٌ إلىٰ رأي القاضي، وعليه الفتوىٰ، والأيسرُ ما قاله محمد رحمه الله تعالىٰ، كذا في فتاوى قاضي خان.

قوله: وَهٰذِهِ الأَسَامِي تُشْعِرُ بِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ، أمَّا اليتم والعميُ والزمانة فظاهرٌ، وكذا الأراملُ لأنَّها جمع أرملةٍ وهيَ المرأة التي ماتَ زوجها أو فارقها وهي فقيرةٌ، وفي المغرب: أرملِ افتقرَ من أرمل كأدفع من الدفعاء وهيَ التُّراب، ثم قال: وفي التهذيب: يقالُ للفقير الذي لا يقدرُ علىٰ شيءٍ من رجلٍ أو امرأةٍ أرْمَل، ولا يقال للتي لا زوجَ لها وهيَ موسرةٌ أرملة، وقال الشعبي: الأنوثةُ ليست بشرطٍ بل يدخلُ فيه الذَّكر والأنثىٰ، إلا أنَّ الصحيح ما فسَّره محمدٌ رحمه الله تعالىٰ أنَّ الأرملة هيَ المرأة البالغة التي كان لها زوج فارقها أو مات عنها، دخلَ بِها أو لم يدخل، وقوله حجة في اللغة، وقال بعضهم: الأرملة التي لا زوجَ لها، ولا يشترطُ أنه كان لها زوجٌ.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ لِشُبَّانِ بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ، في الصحاح: الشباب جمع شابٍ، وكذلك الشبان، وفي الإيضاح: وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: إذا أوْصىٰ لشبان أهل بيته أو لكهولهم أو لمشايخهم فالشبانُ من خمسةَ عشر إلىٰ خمسين سنةٍ إلىٰ أن يغلبَ عليه السحطُ، والكهل من ثلاثين سنةً إلىٰ آخر عُمره، والشيخُ ما زاد علىٰ خمسين، وجعلَ أبو يوسفَ رحمه الله تعالىٰ الشيخَ والكهل سواءً فيما زاد علىٰ

إِلَىٰ الفُقَرَاءِ، وَلَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ تَمْلِيكًا فِي حَقِّ الكُلِّ لِلْجَهَالَةِ المُتَفَاحِشَةِ وَتَعَذُّرَ الصَّرْفُ إِلَيْهِمْ، وَفِي الوَصِيَّةِ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ يَجِبُ الصَّرْفُ إِلَىٰ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ اعْتِبَارًا لِمَعْنَىٰ الجَمْعِ، وَأَقَلُّهُ اثْنَانِ فِي الوَصَايَا عَلَىٰ مَا مَرَّ. وَلَوْ أَوْصَىٰ لِبَنِي فُلَانٍ يَدْخُلُ فِيهِمُ الإِنَاثُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَوَّلُ قَوْلَيْهِ، وَهُوَ قَوْلُهُمَا لِأَنَّ جَمْعَ الذُّكُورِ يَتَنَاوَلُ الإِنَاثَ، ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ: يَتَنَاوَلُ الذُّكُورَ خَاصَّةً لِأَنَّ حَقِيقَةَ الِاسْمِ لِلذُّكُورِ وَانْتِظَامُهُ لِلْإِنَاثِ تَجَوُّزٌ وَالْكَلَامُ لِحَقِيقَتِهِ،

خمسين، ورُوِيَ عن محمدٍ رحمه الله تعالىٰ أنه قال: الغلامُ ما كان له أقلَّ من خمسة عشرَ، والفتىٰ من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك، والكهل إذا بلغ أربعين فزاد عليه، وما بين خمسين إلىٰ ستين إلىٰ أن يغلب عليه الشيب يكون حينئذٍ شيخًا، والأيمُ التي لا زوجَ لها بكرًا كانت أو ثيبًا، ورجل أيمٌ أيضًا، وقد آمت أيمةً، والفقرُ فيه ليس بلازمٍ فلذلك صار اسم الأيامي بمنزلة اسم الشبان في أنه لا ينبئُ عن الحاجة، فبطلت الوصية فيما إذا كانوا لا يحصون، وفي الجامع الكبير: والأيمُ اسم لكلِّ امرأةٍ جومعت بنكاح جائزٍ أو فاسدٍ، أو لعجوزٍ لا زوجَ لها، غنيةً كانت أو فقيرةً، صغيرةً كانت أو بالغةً، هكذا فسَّره محمدٌ رحمه الله تعالىٰ، وقيل: إنَّ الأنوثةَ ليست بشرطٍ، والجماعُ ليس بشرطٍ، والصحيحُ ما فسَّره محمدٌ رحمه الله تعالىٰ كما ذكرنا.

قوله: وَلَوْ أَوْصَىٰ لِبَنِي فُلَانٍ يَدْخُلُ فِيهِمُ الإِنَاثُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَوَّلُ قَوْلَيْهِ، وإنَّما يدخلُ الإناث تحتَ هذه الوصية فيما إذا اختلطَ الذُّكور والإناثُ، وأمَّا إذا انفرد الإناثُ فلا شيءَ لهنَّ بالاتفاق.

بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بَنُو فُلَانٍ اسْمَ قَبِيلَةٍ أَوْ فَخِذٍ حَيْثُ يَتَنَاوَلُ الذُّكُورَ وَالْإِنَاثَ لِأَنَّهُ لَيْسَ يُرَادُ بِهَا أَعْيَانُهُمْ إِذْ هُوَ مُجَرَّدُ الِانْتِسَابِ كَبَنِي آدَمَ وَلِهٰذَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوْلَىٰ العَتَاقَةِ وَالْمُوَالَاةُ وَحُلَفَاؤُهُمْ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ لِوَلَدِ فُلَانٍ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَىٰ فِيهِ سَوَاءٌ) لِأَنَّ اسْمَ الوَلَدِ يَنْتَظِمُ الكُلَّ انْتِظَامًا وَاحِدًا.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بَنُو فُلَانٍ اسْمَ قَبِيلَةٍ أَوْ فَخِذٍ حَيْثُ يَتَنَاوَلُ الذُّكُورَ وَالْإِنَاثَ، هذا إذا كانوا يحصون، أمَّا إذا كانوا لا يحصون فالوصية باطلةٌ، كذا في المبسوط، وذكر في الجامع الكبير شمس الأئمة: وإن كان في بني فلانٍ موالي عتاقة وموالي أسلموا علىٰ أيديهم ووالوهم وفقراء موالي موالٍ وحليفٍ لهم وعديدهم يدخلون جميعًا في الوصية يقسم الوصيُّ بين من يقدر عليهم من فقرائهم، والحليفُ اسم من يأتِي قبيلةً فيحلفُ لهم فيحلفون له على التناصر، والعديدُ من يعدُّ نفسه منهم وهم عدُّوا ذلك له من غير حلفٍ، وإنَّما دخلَ الكلُّ لأنَّ الإيجاب ههنا تعلق بالنسبة إلى القبيلة وهم في هذه النسبة سواءٌ للتناصر بينهم بهذه الأسباب.

قوله: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِوَلَدِ فُلَانٍ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَىٰ فِيهِ سَوَاءٌ، أي في القسمة والاستحقاق حتَّىٰ لو كان ذكورًا وأناثًا يقسم بينهم بالسوية، ولو كان الكلُّ إناثًا دخلن تحت الوصية لأنَّ الوصيةَ حصلت باسم الولد واسمُ الولد يطلق على الإناث حالة الانفراد كما يطلق على الذكور، ثمَّ في مسئلتنا إن لم يكن لفلان إلا ولدٌ واحدٌ كان الثلث كله له، بخلاف ما لو أوصىٰ لأولاد فلانٍ وله ولدٌ واحدٌ فإنه يستحقُّ النصفَ، ووجه الفرق بينهما أنَّ الأولادَ جمعٌ وأقلُّ الجمع في باب الوصية والميراث اثنان فكان للواحد النصفُ، كما لو أوْصىٰ لأقربائه وله عمٌّ واحدٌ كان له النصف، وأمَّا الولدُ فليس باسم

(وَمَنْ أَوْصَىٰ لِوَرَثَةِ فُلَانٍ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ) لِأَنَّهُ لَمَّا نَصَّ عَلَىٰ لَفْظِ الوَرَثَةِ آذَنَ ذٰلِكَ بِأَنَّ قَصْدَهُ التَّفْضِيلَ كَمَا فِي المِيرَاثِ. وَمَنْ أَوْصَىٰ لِمَوَالِيهِ وَلَهُ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ وَمَوَالٍ أَعْتَقُوهُ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي بَعْضِ كُتُبِهِ: إِنَّ الوَصِيَّةَ لَهُمْ جَمِيعًا، وَذَكَرَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ أَنَّهُ يُوقَفُ حَتَّىٰ يُصَالِحُوا. لَهُ أَنَّ الِاسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمْ يُسَمَّىٰ مَوْلًىٰ فَصَارَ كَالْإِخْوَةِ. وَلَنَا أَنَّ الجِهَةَ مُخْتَلِفَةٌ

جمعٍ وإنَّما هو اسم جنسٍ ومطلق اسم الجنس يطلق علىٰ أدنىٰ ما يطلق عليه الاسم، كما لو حلفَ لا يشربُ الماء ولا يتزوَّج النساءَ حيث يحنثُ بشرب قطرةٍ ونكاح واحدةٍ، وإذا أوْصىٰ لأولاد فلانٍ وليس لفلانٍ أولادٌ صلبيةٌ يدخل في الوصية أولاد البنين، وهل يدخل أولاد البنات؟ فيه روايتان.

قوله: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِوَرَثَةِ فُلَانٍ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، هذا إذا مات الموصي لورثته ثمَّ مات الموصىٰ، أمَّا لو مات الموصي قبل أن يموت الموصىٰ لورثته فالوصية باطلةٌ.

قوله: فَصَارَ كَالْإِخْوَةِ، يعني إذا أوصىٰ لإخوة فلانٍ فإنه يصحُّ ويدخلُ فيه الأخ لأبٍ وأمٍ والأخ لأمٍ والأخ لأبٍ، لأنَّ الكل يسمَّىٰ أخًا لفلانٍ، فكذا ينبغي أن يدخل ههنا المولى الأعلىٰ والمولى الأسفل لأنَّ كلًّا منهما يسمَّىٰ مولًى، وهذا روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الجِهَةَ مُخْتَلِفَةٌ، لأنَّ المولى الأعلىٰ منعمٌ والمولى الأسفل منعمٌ عليه، بخلاف الإخوة لأنَّ اسم الأخ يطلق علىٰ كلِّ واحدٍ بمعنًى واحدٍ وهو المتفرِّع من أصله فصار الاسم عامًّا لا مشتركًا.

لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يُسَمَّىٰ مَوْلَىٰ النِّعْمَةِ وَالْآخَرُ مُنْعَمٌ عَلَيْهِ فَصَارَ مُشْتَرَكًا فَلَا يَنْتَظِمُهُمَا لَفْظٌ وَاحِدٌ فِي مَوْضِعِ الإِثْبَاتِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ مَوَالِيَ فُلَانٍ حَيْثُ يَتَنَاوَلُ الأَعْلَىٰ وَالْأَسْفَلَ لِأَنَّهُ مَقَامُ النَّفْيِ وَلَا تَنَافِي فِيهِ، وَيَدْخُلُ فِي هٰذِهِ الوَصِيَّةِ مَنْ أَعْتَقَهُ فِي الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ، وَلَا يَدْخُلُ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ لِأَنَّ عِتْقَ هٰؤُلَاءِ يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ وَالْوَصِيَّةُ تُضَافُ إِلَىٰ حَالَةِ المَوْتِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِ الِاسْمِ قَبْلَهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ لِأَنَّ سَبَبَ الِاسْتِحْقَاقِ لَازِمٌ، وَيَدْخُلُ فِيهِ عَبْدٌ قَالَ لَهُ مَوْلَاهُ إِنْ لَمْ أَضْرِبْكَ فَأَنْتَ حُرٌّ لِأَنَّ العِتْقَ يَثْبُتُ قُبَيْلَ المَوْتِ عِنْدَ تَحَقُّقِ عَجْزِهِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ مَوَالٍ وَأَوْلَادُهُ مَوَالٍ وَمَوَالِي مُوَالَاةٍ يَدْخُلُ فِيهَا مُعْتَقُوهُ وَأَوْلَادُهُمْ دُونَ مَوَالِي المُوَالَاةِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ أَيْضًا وَالْكُلُّ شُرَكَاءُ لِأَنَّ الِاسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ عَلَىٰ السَّوَاءِ. وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: الجِهَةُ مُخْتَلِفَةٌ، فِي المُعْتَقِ الإِنْعَامُ، وَفِي المَوَالِي عَقْدُ الِالْتِزَامِ وَالْإِعْتَاقُ لَازِمٌ فَكَانَ الِاسْمُ لَهُ أَحَقَّ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِمْ مَوَالِي المَوَالِي لِأَنَّهُمْ مَوَالِي غَيْرِهِ حَقِيقَةً، بِخِلَافِ مَوَالِيهِ وَأَوْلَادِهِمْ لِأَنَّهُمْ يُنْسَبُونَ إِلَيْهِ بِإِعْتَاقٍ وُجِدَ مِنْهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَوَالٍ وَلَا

قوله: وَيَدْخُلُ فِي هٰذِهِ الوَصِيَّةِ، أي في الوصية لمواليه.

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَوَالٍ، أي موالي عتاقةٍ، وَلَا أَوْلَادُ المَوَالِي، أي أولاد موالي عتاقةٍ.

أَوْلَادُ المَوَالِي لِأَنَّ اللَّفْظَ لَهُمْ مَجَازٌ فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ اعْتِبَارِ الحَقِيقَةِ. وَلَوْ كَانَ لَهُ مُعْتَقٌ وَاحِدٌ وَمَوَالِي المَوَالِي فَالنِّصْفُ لِمُعْتَقِهِ وَالْبَاقِي لِلْوَرَثَةِ لِتَعَذُّرِ الجَمْعِ بَيْنَ الحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمُ ابْنُهُ أَوْ أَبُوهُ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا بِمَوَالِيهِ لَا حَقِيقَةً وَلَا مَجَازًا، وَإِنَّمَا يُحْرِزُ مِيرَاثَهُمْ بِالْعُصُوبَةِ، بِخِلَافِ مُعْتَقِ البَعْضِ لِأَنَّهُ يُنْسَبُ إِلَيْهِ بِالْوَلَاءِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمُ، هكذا وقع في النسخ، والصواب: أعتقهم أبوهُ أو ابنه، كما هو المذكور في الإيضاح والجامع الكبير، لأنَّ التعليل الذي علَّل به إنَّما يصحُّ في الذين أعتقهم ابنه أو أبوه لا في موالٍ أعتقهم الموصي، لأنَّ أولٰئك مواليه حقيقةً.

قوله: بِخِلَافِ مُعْتَقِ البَعْضِ، هكذا وقع في النُّسخ لكن ليسَ هو بصوابٍ، إنَّما الصوابُ أن يقال: بخلاف معتق المعتق، لأَنَّهُ ينسبُ إليه بالولاء، وأمَّا معتق البعض فإنَّ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لم ينسب إليه بالولاء بعد، لأنَّهُ بمنزلة المكاتبِ، والمكاتبُ لا يدخلُ تحت اسم المولىٰ عند قيام الكتابة، وعندهما لو نسبَ إليه إنَّما ينسبُ إليه بالولاء حقيقةً فلا يحتاج إلىٰ ذكره. والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

بَابُ الوَصِيَّةِ بِالسُّكْنَىٰ وَالْخِدْمَةِ وَالثَّمَرَةِ

قَالَ: (وَتَجُوزُ الوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَسُكْنَىٰ دَارِهِ سِنِينَ مَعْلُومَةً وَتَجُوزُ بِذٰلِكَ أَبَدًا) لِأَنَّ المَنَافِعَ يَصِحُّ تَمْلِيكُهَا فِي حَالَةِ الحَيَاةِ بِبَدَلٍ وَغَيْرِ بَدَلٍ، فَكَذَا بَعْدَ المَمَاتِ لِحَاجَتِهِ كَمَا فِي الأَعْيَانِ، وَيَكُونُ مَحْبُوسًا عَلَىٰ مِلْكِهِ فِي حَقِّ المَنْفَعَةِ حَتَّىٰ يَتَمَلَّكَهَا المُوصَىٰ لَهُ عَلَىٰ مِلْكِهِ كَمَا يَسْتَوْفِي المَوْقُوفُ عَلَيْهِ مَنَافِعَ الوَقْفِ عَلَىٰ حُكْمِ مِلْكِ الوَاقِفِ،

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قوله: وَتَجُوزُ الوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَسُكْنَىٰ دَارِهِ سِنِينَ مَعْلُومَةً وَتَجُوزُ بِذٰلِكَ أَبَدًا، هذا عندنا، وعند ابن أبي ليلىٰ لا يجوز شيءٌ من ذلك موقتًا ولا غير موقت، لأنَّ المنافع الحاصلة بعد موته ليست بمملوكةٍ فلا يصحُّ تمليكها لغيره، ولكنَّا نقول: المنافعُ تحتمل التمليكَ ببدلٍ كما في الإجارة، وبغير بدلٍ كما في الإعارة في حالة الحياة، فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان، فإنَّ الأعيان يصحُّ تمليكها في حالة الحياة ببدلٍ وبغير بدلٍ كالبيع والهبة، فكذا بعد الممات يصحُّ تمليكها ببدلٍ بأن أوْصىٰ بأن يباع عبده، أو بغير بدلٍ بأن أوْصىٰ بعبده لفلانٍ، وهذا لأنَّ الموصي يبقي العين علىٰ ملكه حيثُ يجعله مشغولًا بتصرُّفه موقوفًا علىٰ حاجته فإنَّما يحدث المنفعة علىٰ ملكه، كما يستوفي الموقوف عليه منفعةَ الوقف علىٰ حكم ملك الواقف.

وَتَجُوزُ مُؤَقَّتًا وَمُؤَبَّدًا كَمَا فِي العَارِيَّةِ فَإِنَّهَا تَمْلِيكٌ عَلَىٰ أَصْلِنَا، بِخِلَافِ المِيرَاثِ لِأَنَّهُ خِلَافَةٌ فِيمَا يَتَمَلَّكُهُ المُوَرِّثُ وَذٰلِكَ فِي عَيْنٍ تَبْقَىٰ وَالْمَنْفَعَةُ عَرَضٌ لَا يَبْقَىٰ، وَكَذَا الوَصِيَّةُ بِغَلَّةِ العَبْدِ وَالدَّارِ لِأَنَّهُ بَدَلُ المَنْفَعَةِ فَأَخَذَ حُكْمَهَا وَالْمَعْنَىٰ يَشْمَلُهُمَا.

قَالَ: (فَإِنْ خَرَجَتْ رَقَبَةُ العَبْدِ مِنَ الثُّلُثِ يُسَلَّمُ إِلَيْهِ لِيَخْدُمَهُ) لِأَنَّ حَقَّ المُوصَىٰ لَهُ فِي الثُّلُثِ لَا يُزَاحِمُهُ الوَرَثَةُ (وَإِنْ كَانَ لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ خَدَمَ الوَرَثَةَ يَوْمَيْنِ وَالْمُوصَىٰ لَهُ يَوْمًا) لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الثُّلُثِ وَحَقَّهُمْ

قوله: فَإِنَّهَا تَمْلِيكٌ عَلَىٰ أَصْلِنَا، أي العاريةُ تمليكُ المنافع علىٰ أصلنا، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ إباحة المنافع.

قوله: بِخِلَافِ المِيرَاثِ، لأنَّهُ خلافةٌ، فالإرثُ لا يجري في الخدمة بدون الرقبة، لأنَّ الوراثة خلافةٌ، وتفسيرها أن يقوم الوارثُ مقام المورث فيما كان ملكًا للمورث، وهذا يتصوَّرُ فيما يبقىٰ بوقتين والمنفعةُ لا تبقىٰ وقتين، فأمَّا الوصيةُ فإيجابُ ملكٍ بالعقد كالإجارة والإعارة.

قوله: وَالْمَعْنَىٰ يَشْمَلُهُمَا، وهي حاجة الموصي.

قوله: وَإِنْ كَانَ لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ خَدَمَ الوَرَثَةَ يَوْمَيْنِ وَالْمُوصَىٰ لَهُ يَوْمًا، أي أبدًا إذا كانت الوصيةُ بخدمة العبد مطلقةً غير موقتةٍ، وأمَّا إذا أوْصىٰ بخدمة عبده سنين من غير تعيين السنة وليسَ له مالٌ غيرَ العبد ولم تجز الورثة فإنَّ العبدَ يخدم الموصىٰ له يومًا والورثةُ يومين إلىٰ ثلاثَ سنين، فإذا مضىٰ ثلاثَ سنين تمَّ وصية الموصىٰ له بالخدمة، وإن كان الوصيةُ بخدمة سنةٍ بعينها وماتَ قبل دخول تلك السنة فإن كان العبدُ يخرج من

فِي الثُّلُثَيْنِ كَمَا فِي الوَصِيَّةِ فِي العَيْنِ وَلَا تُمْكِنُ قِسْمَةُ العَبْدِ أَجْزَاءً لِأَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ فَصِرْنَا إِلَىٰ المُهَايَأَةِ إِيفَاءً لِلْحَقَّيْنِ، بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ بِسُكْنَىٰ الدَّارِ إِذَا كَانَتْ لَا تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ حَيْثُ تُقَسَّمُ عَيْنُ الدَّارِ ثَلَاثًا لِلْاِنْتِفَاعِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ القِسْمَةُ بِالْأَجْزَاءِ وَهُوَ أَعْدَلُ لِلتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا زَمَانًا وَذَاتًا، وَفِي المُهَايَأَةِ تَقْدِيمُ أَحَدِهِمَا زَمَانًا. وَلَوِ اقْتَسَمُوا الدَّارَ مُهَايَأَةً مِنْ حَيْثُ الزَّمَانُ تَجُوزُ أَيْضًا لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ، إِلَّا أَنَّ الأَوَّلَ وَهُوَ الأَعْدَلُ أَوْلَىٰ، وَلَيْسَ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يَبِيعُوا مَا فِي أَيْدِيهِمْ مِنْ ثُلُثَيِ الدَّارِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ لَهُمْ ذٰلِكَ لِأَنَّهُ خَالِصُ مِلْكِهِمْ. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ حَقَّ المُوصَىٰ لَهُ ثَابِتٌ فِي سُكْنَىٰ جَمِيعِ الدَّارِ بِأَنْ ظَهَرَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ آخَرُ وَتَخْرُجُ الدَّارُ مِنَ الثُّلُثِ، وَكَذَا لَهُ حَقُّ المُزَاحَمَةِ فِيمَا فِي أَيْدِيهِمْ إِذَا خَرِبَ مَا فِي يَدِهِ. وَالْبَيْعُ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ ذٰلِكَ فَمَنَعُوا عَنْهُ.

ثلث ماله أو لا يخرج ولكن أجازت الورثة فإنه يسلم العبد إلى الموصىٰ له حتى يستوفِيَ وصيته، وإن كان لا يخرج ولم تجز الورثة فإنَّ العبد يخدم الموصىٰ له يومًا والورثةُ يومين حتَّى تمضي السنة التي عيَّنها، فإذا مضت يسلم العبد للورثة، وفي الإيضاح: ينظر إلى الأعيان التي أوصىٰ بها، فإن كان رقابُها مقدار الثلث جاز ولا تعتبر قيمة الخدمة والثمرة والغلَّة والسكنى، وإنَّما اعتبر الأعيان دون المنافع لأنَّ المقصودَ من الأعيان منافعها، فإذا صارت المنافع مستحقةً من غير توقيتٍ وبقي العين علىٰ ملك الوارث صار بمنزلة العين التي لا منفعةَ لها، فلهذا تعتبر قيمة الرقبة كأنَّ الوصية وقعت بالرقبة.

قَالَ: (فَإِنْ مَاتَ المُوصَىٰ لَهُ عَادَ إِلَىٰ الوَرَثَةِ) لِأَنَّ المُوصِيَ أَوْجَبَ الحَقَّ لِلْمُوصَىٰ لَهُ لِيَسْتَوْفِيَ المَنَافِعَ عَلَىٰ حُكْمِ مِلْكِهِ، فَلَوِ انْتَقَلَ إِلَىٰ وَارِثِ المُوصَىٰ لَهُ اسْتَحَقَّهَا ابْتِدَاءً مِنْ مِلْكِ المُوصِي مِنْ غَيْرِ مَرْضَاتِهِ وَذٰلِكَ لَا يَجُوزُ. (وَلَوْ مَاتَ المُوصَىٰ لَهُ فِي حَيَاةِ المُوصِي بَطَلَتْ) لِأَنَّ إِيجَابَهَا تَعَلَّقَ بِالْمَوْتِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ. وَلَوْ أَوْصَىٰ بِغَلَّةِ عَبْدِهِ أَوْ دَارِهِ فَاسْتَخْدَمَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ سَكَنَهَا بِنَفْسِهِ قِيلَ يَجُوزُ ذٰلِكَ لِأَنَّ قِيمَةَ المَنَافِعِ كَعَيْنِهَا فِي تَحْصِيلِ المَقْصُودِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الغَلَّةَ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ وَقَدْ وَجَبَتِ الوَصِيَّةُ بِهَا، وَهٰذَا اسْتِيفَاءُ المَنَافِعِ وَهُمَا مُتَغَايِرَانِ وَمُتَفَاوِتَانِ فِي حَقِّ الوَرَثَةِ، فَإِنَّهُ لَوْ ظَهَرَ دَيْنٌ يُمْكِنُهُمْ أَدَاؤُهُ مِنَ الغَلَّةِ بِالِاسْتِرْدَادِ مِنْهُ بَعْدَ اسْتِغْلَالِهَا وَلَا يُمْكِنُهُمْ مِنَ المَنَافِعِ بَعْدَ اسْتِيفَائِهَا بِعَيْنِهَا، وَلَيْسَ لِلْمُوصَىٰ لَهُ بِالْخِدْمَةِ وَالسُّكْنَىٰ أَنْ يُؤَاجِرَ العَبْدَ أَوِ الدَّارَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ ذٰلِكَ لِأَنَّهُ بِالْوَصِيَّةِ مَلَكَ المَنْفَعَةَ فَيَمْلِكُ تَمْلِيكَهَا مِنْ غَيْرِهِ بِبَدَلٍ أَوْ غَيْرِ بَدَلٍ لِأَنَّهَا كَالْأَعْيَانِ

قوله: عَادَ إِلَى الوَرَثَةِ، أي الموصى به.

قوله: عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، أي في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية بقوله: بخلاف الوصية لأنّها إيجابٌ عند الموت، وفي أوائل كتاب الوصايا بقوله: لأنَّ أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به.

قوله: فِي تَحْصِيلِ المَقْصُودِ، وهو الانتفاع بالعبد والدار.

عِنْدَهُ، بِخِلَافِ العَارِيَّةِ لِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ عَلَىٰ أَصْلِهِ وَلَيْسَ بِتَمْلِيكٍ، وَلَنَا أَنَّ الوَصِيَّةَ تَمْلِيكٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ مُضَافٍ إِلَىٰ مَا بَعْدَ المَوْتِ فَلَا يَمْلِكُ تَمْلِيكَهُ بِبَدَلٍ اعْتِبَارًا بِالْإِعَارَةِ فَإِنَّهَا تَمْلِيكٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ عَلَىٰ أَصْلِنَا، وَلَا يَمْلِكُ المُسْتَعِيرُ الإِجَارَةَ لِأَنَّهَا تَمْلِيكٌ بِبَدَلٍ، كَذَا هٰذَا. وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ التَّمْلِيكَ بِبَدَلٍ لَازِمٌ وَبِغَيْرِ بَدَلٍ غَيْرُ لَازِمٍ، وَلَا يَمْلِكُ الأَقْوَىٰ بِالْأَضْعَفِ وَالْأَكْثَرَ بِالْأَقَلِّ، وَالْوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ غَيْرُ لَازِمٍ إِلَّا أَنَّ الرُّجُوعَ لِلْمُتَبَرِّعِ لَا لِغَيْرِهِ وَالْمُتَبَرِّعُ بَعْدَ المَوْتِ لَا يُمْكِنُهُ الرُّجُوعُ فَلِهٰذَا انْقَطَعَ، أَمَّا هُوَ فِي وَضْعِهِ فَغَيْرُ لَازِمٍ، وَلِأَنَّ المَنْفَعَةَ لَيْسَتْ بِمَالٍ عَلَىٰ أَصْلِنَا وَفِي تَمْلِيكِهَا بِالْمَالِ إِحْدَاثُ صِفَةِ المَالِيَّةِ فِيهَا تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ فِي عَقْدِ المُعَاوَضَةِ، فَإِنَّمَا تَثْبُتُ هٰذِهِ الوِلَايَةُ لِمَنْ يَمْلِكُهَا تَبَعًا لِمِلْكِ الرَّقَبَةِ، أَوْ لِمَنْ يَمْلِكُهَا بِعَقْدِ المُعَاوَضَةِ حَتَّىٰ يَكُونَ مُمَلَّكًا لَهَا بِالصِّفَةِ الَّتِي تَمَلَّكَهَا، أَمَّا إِذَا تَمَلَّكَهَا مَقْصُودَةً بِغَيْرِ عِوَضٍ ثُمَّ مَلَّكَهَا بِعِوَضٍ كَانَ مُمَلِّكًا أَكْثَرَ مِمَّا تَمَلَّكَهُ مَعْنًىٰ وَهٰذَا لَا يَجُوزُ،

قوله: بِخِلَافِ العَارِيَّةِ، لِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ عَلَىٰ أَصْلِهِ، ولهذا لا يملك المستعيرُ الإعارةَ عنده، ولهذا لا يتعلّق بالإعارة اللزومُ، والوصيةُ بالمنفعة يتعلق بها اللزومُ.

قوله: وَفِي تَمْلِيكِهَا بِالْمَالِ إِحْدَاثُ صِفَةِ المَالِيَّةِ فِيهَا تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ فِي عَقْدِ المُعَاوَضَةِ، لأنَّ الأجرة مالٌ وقوبل بالمنافع فحدثت في المنافع صفة المالية تحقيقًا للمساواة.

وَلَيْسَ لِلْمُوصَىٰ لَهُ أَنْ يُخْرِجَ العَبْدَ مِنَ الكُوفَةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ المُوصَىٰ لَهُ وَأَهْلُهُ فِي غَيْرِ الكُوفَةِ فَيُخْرِجُهُ إِلَىٰ أَهْلِهِ لِلْخِدْمَةِ هُنَالِكَ إِذَا كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ، لِأَنَّ الوَصِيَّةَ إِنَّمَا تَنْفُذُ عَلَىٰ مَا يُعْرَفُ مِنْ مَقْصُودِ المُوصِي، فَإِذَا كَانُوا فِي مِصْرِهِ فَمَقْصُودُهُ أَنْ يُمَكِّنَهُ مِنْ خِدْمَتِهِ فِيهِ بِدُونِ أَنْ يُلْزِمَهُ مَشَقَّةَ السَّفَرِ، وَإِذَا كَانُوا فِي غَيْرِهِ فَمَقْصُودُهُ أَنْ يَحْمِلَ العَبْدَ إِلَىٰ أَهْلِهِ لِيَخْدُمَهُمْ.

وَلَوْ أَوْصَىٰ بِغَلَّةِ عَبْدِهِ أَوْ بِغَلَّةِ دَارِهِ يَجُوزُ أَيْضًا لِأَنَّهُ بَدَلُ المَنْفَعَةِ فَأَخَذَ حُكْمَ المَنْفَعَةِ فِي جَوَازِ الوَصِيَّةِ بِهِ، كَيْفَ وَأَنَّهُ عَيْنٌ حَقِيقَةً لِأَنَّهُ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ فَكَانَ بِالْجَوَازِ أَوْلَىٰ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ كَانَ لَهُ ثُلُثُ غَلَّةِ تِلْكَ السَّنَةِ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ بِالْأَجْزَاءِ، فَلَوْ أَرَادَ المُوصَىٰ لَهُ قِسْمَةَ الدَّارِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الوَرَثَةِ لِيَكُونَ هُوَ الَّذِي يَسْتَغِلُّ ثُلُثَهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ ذٰلِكَ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُ يَقُولُ: المُوصَىٰ لَهُ شَرِيكُ الوَارِثِ وَلِلشَّرِيكِ ذٰلِكَ، فَكَذٰلِكَ لِلْمُوصَىٰ لَهُ، إِلَّا أَنَّا نَقُولُ:

قوله: فَكَانَ بِالْجَوَازِ أَوْلَىٰ، يعني أنَّ الخدمة منفعةٌ محضةٌ ليست فيها شائبة العينية، فلمَّا جازت الوصية بها فلأَن تجوز الوصية بالغلة، وهيَ عبارةٌ عن مالٍ عين وهو الدَّراهم بالطريق الأوْلىٰ، لأنَّ الإيجاب يقتضي العينية.

قوله: لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ بِالْأَجْزَاءِ، هذا احترازٌ عن الوصية بخدمة العبد، فإنَّ هناكَ لمَّا لم يحتمل نفس العبد القسمةَ بالأجزاء صرنا إلىٰ قسمة الخدمة

المُطَالَبَةُ بِالْقِسْمَةِ تُبْتَنَىٰ عَلَىٰ ثُبُوتِ الحَقِّ لِلْمُوصَىٰ لَهُ فِيمَا يُلَاقِيهِ القِسْمَةُ إِذْ هُوَ المُطَالِبُ، وَلَا حَقَّ لَهُ فِي عَيْنِ الدَّارِ، وَإِنَّمَا حَقُّهُ فِي الغَلَّةِ فَلَا يَمْلِكُ المُطَالَبَةَ بِقِسْمَةِ الدَّارِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ لَهُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَلِآخَرَ بِرَقَبَتِهِ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ فَالرَّقَبَةُ لِصَاحِبِ الرَّقَبَةِ وَالْخِدْمَةُ عَلَيْهَا لِصَاحِبِ الخِدْمَةِ، لِأَنَّهُ أَوْجَبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَيْئًا مَعْلُومًا عَطْفًا مِنْهُ لِأَحَدِهِمَا عَلَىٰ الآخَرِ فَتُعْتَبَرُ هٰذِهِ الحَالَةُ بِحَالَةِ الِانْفِرَادِ. ثُمَّ لَمَّا صَحَّتِ الوَصِيَّةُ لِصَاحِبِ الخِدْمَةِ، فَلَوْ لَمْ يُوصِ فِي الرَّقَبَةِ

بطريق المهايأة.

قوله: عَطْفًا مِنْهُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الآخَرِ فَتُعْتَبَرُ هٰذِهِ الحَالَةُ بِحَالَةِ الِانْفِرَادِ، يعني أنه أوْجَبَ لكلٍّ واحد منهما الحقَّ فيما أوْصىٰ بطريق العطف، وأنه يحتمل الوصيةَ بانفراده والعطفُ لا يقتضي المشاركةَ فيما أوْصىٰ به لكلٍّ واحد منهما فتعتبرُ حالة العطف بحالة الانفراد، ولو أفْرَد الوصيةَ بالرقبة لأحدهما ولآخر بخدمته موصولًا أو مفصولًا لم يكن مشاركةً فكذا في العطف، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: ولو أوْصىٰ لرجل بدارٍ ولآخرٍ بسكناها فالنفقةُ علىٰ صاحب السكنىٰ، لأنَّ المنفعةَ تحصل له ونفقة العبد الموصىٰ برقبته لإنسانٍ وبخدمته لآخر علىٰ صاحب الخدمة، فإن مَرِض فإن لم يستطع معه الخدمة فعلى الموصىٰ له برقبته، وإن استطاعَ فعلىٰ صاحب الخدمة، وهكذا قالوا في المرأة إذا مرضت إن لم يمكن الانتفاع بِها بوجهٍ ما لا نفقةَ لها، وإلَّا فلها النفقةُ، وفي المبسوط: ونفقة العبد وكسوته علىٰ صاحب الخدمة، لأنَّهُ إنَّما يتمكَّنُ من استخدامه إذا أنْفَقَ عليه، فإنَّ العبدَ لا يقوىٰ على الخدمة إلَّا بذلك وهو أحقُّ بخدمته فيلزمه نفقته كالمستعير، فإنه ينفق على المستعار وينتفعُ به، وإن أبىٰ أن ينفقَ ردَّه علىٰ

بِشَيْءٍ لَصَارَتِ الرَّقَبَةُ مِيرَاثًا لِلْوَرَثَةِ مَعَ كَوْنِ الخِدْمَةِ لِلْمُوصَىٰ لَهُ، فَكَذَا إِذَا أَوْصَىٰ بِالرَّقَبَةِ لِإِنْسَانٍ آخَرَ، إِذِ الوَصِيَّةُ أُخْتُ المِيرَاثِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ فِيهِمَا بَعْدَ المَوْتِ. وَلَهَا نَظَائِرُ، وَهُوَ مَا إِذَا أَوْصَىٰ بِأَمَةٍ لِرَجُلٍ وَبِمَا فِي بَطْنِهَا لِآخَرَ وَهِيَ تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ، أَوْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِخَاتَمٍ وَلِآخَرَ بِفَصِّهِ، أَوْ قَالَ هٰذِهِ القَوْصَرَةُ لِفُلَانٍ وَمَا فِيهَا مِنَ التَّمْرِ لِفُلَانٍ كَانَ كَمَا أَوْصَىٰ، وَلَا شَيْءَ لِصَاحِبِ الظَّرْفِ فِي المَظْرُوفِ فِي هٰذِهِ المَسَائِلِ كُلِّهَا، أَمَّا إِذَا فَصَلَ أَحَدُ الإِيجَابَيْنِ عَنِ الآخَرِ فِيهَا فَكَذٰلِكَ الجَوَابُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وَعَلَىٰ قَوْلِ مُحَمَّدٍ الأَمَةُ لِلْمُوصَىٰ لَهُ بِهَا وَالْوَلَدُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، وَكَذٰلِكَ فِي أَخَوَاتِهَا. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ بِإِيجَابِهِ فِي الكَلَامِ الثَّانِي تَبَيَّنَ أَنَّ مُرَادَهُ مِنَ الكَلَامِ

صاحبه فهذا كذلك أيضًا، وإن كان أَوْصىٰ بخدمة عبدٍ صغيرٍ لإنسانٍ وبرقبته لآخرٍ وهو يخرج من الثلث فنفقته علىٰ صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمةَ، فإذا خدمَ صارت نفقته علىٰ صاحب الخدمة.

قوله: وَلَهَا نَظَائِرُ، أي من حيث إنَّ الموصى له بالظرف لا يشارك الموصى له بالمظروف، القَوْصَرَةُ: بالتخفيف والتشديد وعاء التَّمر يُتخذ من قصبٍ.

قوله: وَلَا شَيْءَ لِصَاحِبِ الظَّرْفِ فِي المَظْرُوفِ، أي للموصى له بالأمة والخاتم، والقوصرة في الولد والفصِّ والتمر.

قوله: وَكَذٰلِكَ فِي أَخَوَاتِهَا، وهيَ الخاتمُ مع الفصِّ، والقوصرة مع التَّمر، والدار

الأَوَّلِ إِيجَابُ الأَمَةِ لِلْمُوصَىٰ لَهُ بِهَا دُونَ الوَلَدِ، وَهٰذَا البَيَانُ مِنْهُ صَحِيحٌ وَإِنْ كَانَ مَفْصُولًا لِأَنَّ الوَصِيَّةَ لَا تُلْزِمُ شَيْئًا فِي حَالِ حَيَاةِ المُوصِي فَكَانَ البَيَانُ المَفْصُولُ فِيهِ وَالْمَوْصُولُ سَوَاءً كَمَا فِي وَصِيَّةِ الرَّقَبَةِ وَالْخِدْمَةِ. وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ اسْمَ الخَاتَمِ يَتَنَاوَلُ الحَلْقَةَ وَالْفَصَّ. وَكَذٰلِكَ اسْمُ الجَارِيَةِ يَتَنَاوَلُهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا. وَاسْمُ القَوْصَرَةِ كَذٰلِكَ، وَمِنْ أَصْلِنَا أَنَّ العَامَّ الَّذِي مُوجِبُهُ ثُبُوتُ الحُكْمِ عَلَىٰ سَبِيلِ الإِحَاطَةِ بِمَنْزِلَةِ الخَاصِّ فَقَدِ اجْتَمَعَ فِي الفَصِّ وَصِيَّتَانِ وَكُلٌّ مِنْهُمَا وَصِيَّةٌ بِإِيجَابٍ عَلَىٰ حِدَةٍ فَيُجْعَلُ الفَصُّ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَلَا يَكُونُ إِيجَابُ الوَصِيَّةِ فِيهِ لِلثَّانِي رُجُوعًا عَنِ الأَوَّلِ، كَمَا إِذَا أَوْصَىٰ لِلثَّانِي بِالْخَاتَمِ، بِخِلَافِ الخِدْمَةِ مَعَ الرَّقَبَةِ لِأَنَّ اسْمَ الرَّقَبَةِ لَا يَتَنَاوَلُ الخِدْمَةَ وَإِنَّمَا يَسْتَخْدِمُهُ المُوصَىٰ لَهُ بِحُكْمِ أَنَّ المَنْفَعَةَ حَصَلَتْ عَلَىٰ مِلْكِهِ، فَإِذَا أَوْجَبَ الخِدْمَةَ لِغَيْرِهِ لَا يَبْقَىٰ لِلْمُوصَىٰ لَهُ فِيهِ حَقٌّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الكَلَامُ مَوْصُولًا لِأَنَّ ذٰلِكَ دَلِيلُ التَّخْصِيصِ وَالِاسْتِثْنَاءِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ

مع البناءِ.

قوله: بِخِلَافِ الخِدْمَةِ مَعَ الرَّقَبَةِ، يعني لو أوْصى برقبة العبد لإنسانٍ وبخدمته لآخرٍ كان كما أوْصىٰ، وإن كان في كلامٍ مفصولٍ، ولا يكون للموصى له بالرقبة من الخدمة شيءٌ، وإنَّما كان هكذا لأنَّ اسم الرقبة لا يتناولُ الخدمةَ، بخلاف ما نحنُ فيه فإنَّ الخاتمَ يتناول الحلقةَ والفصَّ جميعًا، واسم الجارية يتناولها وما في بطنها، واسم القوصرة كذلك.

أَوْجَبَ لِصَاحِبِ الخَاتَمِ الحَلْقَةَ خَاصَّةً دُونَ الفَصِّ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ لِآخَرَ بِثَمَرَةِ بُسْتَانِهِ ثُمَّ مَاتَ وَفِيهِ ثَمَرَةٌ فَلَهُ هٰذِهِ الثَّمَرَةُ وَحْدَهَا، وَإِنْ قَالَ لَهُ ثَمَرَةُ بُسْتَانِي أَبَدًا فَلَهُ هٰذِهِ الثَّمَرَةُ وَثَمَرَتُهُ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ مَا عَاشَ، وَإِنْ أَوْصَىٰ لَهُ بِغَلَّةِ بُسْتَانِهِ فَلَهُ الغَلَّةُ القَائِمَةُ وَغَلَّتُهُ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ) وَالْفَرْقُ أَنَّ الثَّمَرَةَ اسْمٌ لِلْمَوْجُودِ عُرْفًا فَلَا يَتَنَاوَلُ

قوله: وَمَنْ أَوْصَىٰ لِآخَرَ بِثَمَرَةِ بُسْتَانِهِ ثُمَّ مَاتَ وَفِيهِ ثَمَرَةٌ فَلَهُ هٰذِهِ الثَّمَرَةُ وَحْدَهَا، قيَّد بقوله: وَفِيهِ ثَمَرَةٌ، لأنَّهُ إذا لم يكن فيه ثمرة فله ثمرة فيما يستقبلُ ما عاش الموصى له كمسئلة الغلَّة، وذكر في الشافي: عند الإطلاق إذا لم تكن الثمرة موجودةً وقت الموت فالقياسُ أن تَبْطلَ الوصيةُ، وفي الاستحسان يقع على الحادث ما عاشَ الموصى له، لأنَّهُ احتمل أنه أرادَ به الحادث، وفي صرفه إليه تصحيحٌ فإنه يستحقُّ بالمعاملة، وحاصل مسائل الباب علىٰ ثلاثة أوْجُه: في وجهٍ يقع على الموجود، والحادثُ ما عاشَ الموصىٰ له ذكر الأبد أوَّلًا، وهو أن يوصىٰ بغلة بستانه، أو أرضه، أو سكنىٰ داره، أو خدمة عبده، لأنَّ الغلَّة كما يتناولُ الموجودَ يتناولُ ما كان بعرض الوجود في العرف، يُقال: لفلان غلة هذه الدار، يرادُ به ما يدخل في ملكه في المستقبل، وفي وجهٍ يقع على الموجود دون الحادث ذكر الأبد أوَّلًا، وهو أن يوصىٰ بالصوف علىٰ ظهر الغنم، والولد في بطن الجارية، واللبن في الضرع، لأنَّ المعدوم من هذه الأشياء لا يستحقُّ بعقد ما، وفي وجهٍ أنَّ ذكر الأبد يقع على الموجود والحادث، كالوصية بثمرة بستانه، وإن لم يذكر الأبد فإن كانت الثمرة وقتَ الموت موجودةً يتناولها، وإلَّا فالقياس أن تبطل الوصية، وفي الاستحسان يقعُ على الحادث إلىٰ أن يموت الموصىٰ له، ثمَّ في البستان السقي والخراج وما فيه صلاحه علىٰ صاحب الغلة، لأنَّهُ هو المنتفع بالبستان فهيَ كالنفقة في فصل الخدمة.

المَعْدُومَ إِلَّا بِدَلَالَةٍ زَائِدَةٍ، مِثْلُ التَّنْصِيصِ عَلَىٰ الأَبَدِ لِأَنَّهُ لَا يَتَأَبَّدُ إِلَّا بِتَنَاوُلِ المَعْدُومِ وَالْمَعْدُومُ مَذْكُورٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَيْئًا، أَمَّا الغَلَّةُ فَتَنْتَظِمُ المَوْجُودَ وَمَا يَكُونُ بِعَرَضِ الوُجُودِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَىٰ عُرْفًا، يُقَالُ فُلَانٌ يَأْكُلُ مِنْ غَلَّةِ بُسْتَانِهِ وَمِنْ غَلَّةِ أَرْضِهِ وَدَارِهِ، فَإِذَا أُطْلِقَتْ يَتَنَاوَلُهُمَا عُرْفًا غَيْرَ مَوْقُوفٍ عَلَىٰ دَلَالَةٍ أُخْرَىٰ. أَمَّا الثَّمَرَةُ إِذَا أُطْلِقَتْ لَا يُرَادُ بِهَا إِلَّا المَوْجُودُ فَلِهٰذَا يَفْتَقِرُ الِانْصِرَافُ إِلَىٰ دَلِيلٍ زَائِدٍ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ لِرَجُلٍ بِصُوفِ غَنَمِهِ أَبَدًا أَوْ بِأَوْلَادِهَا أَوْ بِلَبَنِهَا ثُمَّ مَاتَ فَلَهُ مَا فِي بُطُونِهَا مِنَ الوَلَدِ وَمَا فِي ضُرُوعِهَا مِنَ اللَّبَنِ وَمَا عَلَىٰ ظُهُورِهَا مِنَ الصُّوفِ يَوْمَ يَمُوتُ المُوصِي سَوَاءٌ قَالَ أَبَدًا أَوْ لَمْ يَقُلْ) لِأَنَّهُ إِيجَابٌ عِنْدَ المَوْتِ فَيُعْتَبَرُ قِيَامُ هٰذِهِ الأَشْيَاءِ يَوْمَئِذٍ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ. وَالْفَرْقُ أَنَّ القِيَاسَ يَأْبَىٰ تَمْلِيكَ المَعْدُومِ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ المِلْكَ، إِلَّا أَنَّ فِي الثَّمَرَةِ وَالْغَلَّةِ المَعْدُومَةِ جَاءَ الشَّرْعُ بِوُرُودِ العَقْدِ عَلَيْهَا كَالْمُعَامَلَةِ وَالْإِجَارَةِ، فَاقْتَضَىٰ ذٰلِكَ جَوَازَهُ فِي الوَصِيَّةِ بِالطَّرِيقِ الأَوْلَىٰ لِأَنَّ بَابَهَا أَوْسَعُ. أَمَّا الوَلَدُ المَعْدُومُ وَأُخْتَاهُ فَلَا يَجُوزُ إِيرَادُ العَقْدِ عَلَيْهَا أَصْلًا، وَلَا تُسْتَحَقُّ بِعَقْدٍ مَا، فَكَذٰلِكَ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ

قوله: وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، أي من الثمرة والغلة.

قوله: أَمَّا الوَلَدُ المَعْدُومُ وَأُخْتَاهُ، أي الصوف واللَّبن.

الوَصِيَّةِ، بِخِلَافِ المَوْجُودِ مِنْهَا لِأَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهَا بِعَقْدِ البَيْعِ تَبَعًا وَبِعَقْدِ الخُلْعِ مَقْصُودًا، فَكَذَا بِالْوَصِيَّةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: بِعَقْدِ البَيْعِ تَبَعًا، أي يدخلُ ما علىٰ ظهر الغنم من الصوف في بيع الغنم تبعًا للغنم، ويجوز الخلع علىٰ ما في ظهر غنمها من الصوف، وفي الجامع الصغير للتمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: أوْصىٰ بغلة أرضه، وليس فيها شجرٌ ولا مالٌ له غيرها فإنَّها تؤاجر وله ثلث أجرها، لأنَّ غلتها هنا الأجرة، ولو كان فيها شجرٌ فله ثلث الثَّمر، ولو أوصىٰ بغلة نخله لرجل وللآخر برقبته ولم يحمل فتعاهدها علىٰ صاحب الرقبة لأنَّ الملكَ له، وإذا أثمرت فعلىٰ صاحب الغلة لأنَّ النفع له، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ وَصِيَّةِ الذِّمِّيِّ

قَالَ: (وَإِذَا صَنَعَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ بِيعَةً أَوْ كَنِيسَةً فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ مَاتَ فَهُوَ مِيرَاثٌ) لِأَنَّ هٰذَا بِمَنْزِلَةِ الوَقْفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَالْوَقْفُ عِنْدَهُ يُورَثُ وَلَا يَلْزَمُ فَكَذَا هٰذَا. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ هٰذِهِ مَعْصِيَةٌ فَلَا تَصِحُّ عِنْدَهُمَا.

قَالَ: (وَلَوْ أَوْصَىٰ بِذٰلِكَ لِقَوْمٍ مُسَمَّينَ فَهُوَ الثُّلُثُ) مَعْنَاهُ إِذَا أَوْصَىٰ أَنْ تُبْنَىٰ دَارُهُ بِيعَةً أَوْ كَنِيسَةً فَهُوَ جَائِزٌ مِنَ الثُّلُثِ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ فِيهَا مَعْنَىٰ الِاسْتِخْلَافِ وَمَعْنَىٰ التَّمْلِيكِ، وَلَهُ وِلَايَةُ ذٰلِكَ فَأَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ عَلَىٰ اعْتِبَارِ المَعْنَيَيْنِ.

باب وصية الذمي

قوله: وَإِذَا صَنَعَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ بِيعَةً أَوْ كَنِيسَةً فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ مَاتَ فَهُوَ مِيرَاثٌ، أي بالاتفاق علىٰ اختلاف التخريج، فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لعدم لزوم الوقف، وعندهما لكون ذلك الفعل معصيةً، ولا يقال: البيعةُ في حقِّهم كالمسجد في حقِّنا والمسلمُ إذا جعل داره مسجدًا في صحته وسلمَ لا يورث فينبغي أن تكون البيعة كذلك؟ لأنا نقول: المسجدُ تحرز عن حقوق العباد وصار لله تعالىٰ خالصًا فلا يورث، ولا كذلك البيعة لأنَّ البيعة عندهم لمنافع الخلق فإنَّها تسكن فيها أساقفهم وتدفن فيها موتاهم.

قَالَ: (وَإِنْ أَوْصَىٰ بِدَارِهِ كَنِيسَةً لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسَمَّينَ جَازَتِ الوَصِيَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: الوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ هٰذِهِ مَعْصِيَةٌ حَقِيقَةً وَإِنْ كَانَ فِي مُعْتَقَدِهِمْ قُرْبَةٌ، وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَعْصِيَةِ بَاطِلَةٌ لِمَا فِي تَنْفِيذِهَا مِنْ تَقْرِيرِ المَعْصِيَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ هٰذِهِ قُرْبَةٌ فِي مُعْتَقَدِهِمْ وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ فَتَجُوزُ بِنَاءً عَلَىٰ اعْتِقَادِهِمْ؛ أَلَا يُرَىٰ أَنَّهُ لَوْ أَوْصَىٰ بِمَا هُوَ قُرْبَةٌ حَقِيقَةً مَعْصِيَةٌ فِي مُعْتَقَدِهِمْ لَا تَجُوزُ الوَصِيَّةُ اعْتِبَارًا لِاعْتِقَادِهِمْ فَكَذَا عَكْسُهُ. ثُمَّ الفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - بَيْنَ بِنَاءِ البِيعَةِ وَالْكَنِيسَةِ وَبَيْنَ الوَصِيَّةِ بِهِ

قوله: وَإِنْ أَوْصَىٰ بِدَارِهِ كَنِيسَةً لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسَمَّينَ جَازَتِ الوَصِيَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، قال مشايخنا رحمهم الله: هذا الاختلاف فيما إذا أوصىٰ ببناء بيعةٍ أو كنيسةٍ في القرىٰ، فأمَّا في المصر فلا تجوز بالاتفاق، لأنَّهم لا يمكنون من إحداث البيعة في الأمصار، كذا في الجامع الصغير البرهاني، قلتُ: الظاهرُ أنه أرادَ هنا بالقرية ما ليسَ فيها من شعائر الإسلام شيءٌ، أمَّا إذا كانت قريةٌ فيها من شعائر الإسلام شيءٌ فهيَ كالمصر، ولهذا لا يمكنون من بيع الخمور والخنازير فيها.

قوله: أَلَا يُرَىٰ أَنَّهُ لَوْ أَوْصَىٰ بِمَا هُوَ قُرْبَةٌ حَقِيقَةً مَعْصِيَةٌ فِي مُعْتَقَدِهِمْ لَا تَجُوزُ الوَصِيَّةُ اعْتِبَارًا لِاعْتِقَادِهِمْ، وهو كما إذا أوْصىٰ بحجٍّ، أو بأن يبنىٰ مسجدًا للمسلمين، أو بأن يسرج في مساجد المسلمين فهذه الوصية منه باطلةٌ بالإجماع.

قوله: فَكَذَا عَكْسُهُ، أي تجوز الوصية بداره كنيسةً لقوم غير مسمين اعتبارًا لاعتقادهم.

أَنَّ البِنَاءَ نَفْسُهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِزَوَالِ مِلْكِ البَانِي. وَإِنَّمَا يَزُولُ مِلْكُهُ بِأَنْ يَصِيرَ مُحَرَّرًا خَالِصًا لِلّٰهِ تَعَالَىٰ كَمَا فِي مَسَاجِدِ المُسْلِمِينَ، وَالْكَنِيسَةُ لَمْ تَصِرْ مُحَرَّرَةً لِلّٰهِ تَعَالَىٰ حَقِيقَةً فَتَبْقَىٰ مِلْكًا لِلبَانِي فَتُورَثُ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُمْ يَبْنُونَ فِيهَا الحُجُرَاتِ وَيَسْكُنُونَهَا فَلَمْ يَتَحَرَّرْ لِتَعَلُّقِ حَقِّ العِبَادِ بِهِ، وَفِي هٰذِهِ الصُّورَةِ يُورَثُ المَسْجِدُ أَيْضًا لِعَدَمِ تَحَرُّرِهِ، بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ وُضِعَ لِإِزَالَةِ المِلْكِ إِلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ ثُبُوتُ مُقْتَضَاهُ فِي غَيْرِ مَا هُوَ قُرْبَةٌ عِنْدَهُمْ فَبَقِيَ فِيمَا هُوَ قُرْبَةٌ عَلَىٰ مُقْتَضَاهُ فَيَزُولُ مِلْكُهُ فَلَا يُورَثُ. ثُمَّ الحَاصِلُ أَنَّ وَصَايَا الذِّمِّيِّ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ: مِنْهَا أَنْ تَكُونَ قُرْبَةً فِي مُعْتَقَدِهِمْ وَلَا تَكُونَ قُرْبَةً فِي حَقِّنَا وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَمَا إِذَا أَوْصَىٰ الذِّمِّيُّ بِأَنْ تُذْبَحَ خَنَازِيرُهُ وَتُطْعَمَ المُشْرِكِينَ، وَهٰذِهِ عَلَىٰ الخِلَافِ إِذَا كَانَ لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسَمَّينَ كَمَا ذَكَرْنَاهُ وَالْوَجْهُ مَا

قوله: امْتَنَعَ ثُبُوتُ مُقْتَضَاهُ - وهو زوالُ الملك - فِي غَيْرِ مَا هُوَ قُرْبَةٌ عِنْدَهُمْ فَبَقِيَ - أي الإيصاء - فِيمَا هُوَ قُرْبَةٌ عَلَىٰ مُقْتَضَاهُ، وهو زوالُ الملك فلذلك لا يورثُ، ثمَّ أوْرَدَ محمدٌ رحمه الله تعالىٰ علىٰ نفسه سُؤالًا فقال: كيفَ يكون هذا قربةً من الذميِّ فإنه لا يثابُ علىٰ ذلك؟ قلنا: الأحكامُ في حقِّهم إنَّما تبنىٰ علىٰ ما يظهرون لا على الحقيقة، ألا ترىٰ أنه إذا ذبحَ وسمَّى اسمَ الله تعالىٰ تحلُّ ذبيحته وإن كان ما يعتقده إلٰهًا ليس بإلٰهٍ على الحقيقة، ولو ذبحَ باسمِ المسيح لا تحلُّ ذبيحته علىٰ ما قال عُمرُ رضي الله عنه: إذا سمعتموهم سمُّوا بغير الله فلا تأكلوا.

قوله: وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو الوصيةُ ببناء البيعة والكنيسة.

بَيَّنَّاهُ. وَمِنْهَا إِذَا أَوْصَىٰ بِمَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي حَقِّنَا وَلَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي مُعْتَقَدِهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَىٰ بِالْحَجِّ أَوْ بِأَنْ يُبْنَىٰ مَسْجِدٌ لِلْمُسْلِمِينَ أَوْ بِأَنْ يُسْرَجَ فِي مَسَاجِدِ الْمُسْلِمِينَ، فَهٰذِهِ الوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ بِالْإِجْمَاعِ اعْتِبَارًا لِاعْتِقَادِهِمْ، إِلَّا إِذَا كَانَ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ لِوُقُوعِهِ تَمْلِيكًا لِأَنَّهُمْ مَعْلُومُونَ وَالْجِهَةُ مَشُورَةٌ. وَمِنْهَا إِذَا أَوْصَىٰ بِمَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي حَقِّنَا وَفِي حَقِّهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَىٰ بِأَنْ يُسْرَجَ فِي بَيْتِ المَقْدِسِ أَوْ يُغْزَىٰ التُّرْكُ وَهُوَ مِنَ الرُّومِ، وَهٰذَا جَائِزٌ سَوَاءٌ كَانَتْ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ أَوْ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمْ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَا هُوَ قُرْبَةٌ حَقِيقَةً وَفِي مُعْتَقَدِهِمْ أَيْضًا. وَمِنْهَا إِذَا أَوْصَىٰ بِمَا لَا يَكُونُ قُرْبَةً لَا فِي حَقِّنَا وَلَا فِي حَقِّهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَىٰ لِلْمُغَنِّيَاتِ وَالنَّائِحَاتِ، فَإِنَّ هٰذَا غَيْرُ جَائِزٍ لِأَنَّهُ مَعْصِيَةٌ فِي حَقِّنَا وَفِي حَقِّهِمْ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ فَيَصِحُّ تَمْلِيكًا وَاسْتِخْلَافًا، وَصَاحِبُ الهَوَىٰ إِنْ كَانَ لَا يَكْفُرُ فَهُوَ فِي حَقِّ الوَصِيَّةِ بِمَنْزِلَةِ المُسْلِمِ لِأَنَّا أُمِرْنَا بِبِنَاءِ الأَحْكَامِ عَلَىٰ الظَّاهِرِ، وَإِنْ كَانَ يَكْفُرُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ

قوله: وَالْجِهَةُ مَشُورَةٌ، أي صرفُ هذا المال الموصىٰ به إلى الحجِّ وبناء المسجد والإسراج فيه خرجَ منه علىٰ طريق المشورة، وذكر الإمام قاضي خان: وإذا أَوْصَىٰ بما هو طاعةٌ عندنا معصيةٌ عندهم كالوصية ببناء مسجدٍ أو بالإِسْرَاج فيه، فإن سمَّىٰ لقومٍ بأعيانِهم صحَّت ويكون تمليكًا منهم وتبطلُ الجهةَ التي عيَّنها، إن شاءوا فعلوا ذلك، وإن شاءوا تركوا، وإن كانوا لا يحصون لا يصحُّ لأَنَّهُ لا يمكن تصحيحه تمليكًا، وإنَّها ليست

الْمُرْتَدِّ فَيَكُونُ عَلَىٰ الخِلَافِ المَعْرُوفِ فِي تَصَرُّفَاتِهِ بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْهِ. وَفِي المُرْتَدَّةِ الأَصَحُّ أَنَّهُ تَصِحُّ وَصَايَاهَا لِأَنَّهَا تَبْقَىٰ عَلَىٰ الرِّدَّةِ، بِخِلَافِ المُرْتَدِّ لِأَنَّهُ يُقْتَلُ أَوْ يُسْلِمُ.

قَالَ: (وَإِذَا دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَأَوْصَىٰ لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ بِمَالِهِ كُلِّهِ جَازَ) لِأَنَّ امْتِنَاعَ الوَصِيَّةِ بِمَا زَادَ عَلَىٰ الثُّلُثِ لِحَقِّ الوَرَثَةِ وَلِهٰذَا تَنْفُذُ بِإِجَازَتِهِمْ، وَلَيْسَ لِوَرَثَتِهِ حَقٌّ مَرْعِيٌّ لِكَوْنِهِمْ فِي دَارِ الحَرْبِ إِذْ هُمْ أَمْوَاتٌ فِي حَقِّنَا، وَلِأَنَّ حُرْمَةَ مَالِهِ بِاعْتِبَارِ الأَمَانِ، وَالْأَمَانُ كَانَ لِحَقِّهِ لَا لِحَقِّ وَرَثَتِهِ، وَلَوْ كَانَ أَوْصَىٰ بِأَقَلَّ مِنْ ذٰلِكَ أُخِذَتِ الوَصِيَّةُ وَيُرَدُّ البَاقِي عَلَىٰ وَرَثَتِهِ وَذٰلِكَ مِنْ حَقِّ المُسْتَأْمَنِ أَيْضًا. وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ

بقربةٍ في اعتقادهم حتَّىٰ يكون تمليكًا من الله تعالىٰ في اعتقادهم فلا يصحُّ.

قوله: وَفِي المُرْتَدَّةِ الأَصَحُّ أَنَّهُ تَصِحُّ وَصَايَاهَا، ذكر صاحبُ الكتاب في الزيادات علىٰ خلاف هذا، فقال: قال بعضهم: لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح، حتَّىٰ لا تصحُّ منها وصيةٌ، والفرقُ بينها وبين الذمية أنَّ الذمية تقرُّ على اعتقادها، وأمَّا المرتدَّة فلا تقرُّ على اعتقادها، كذا في النهاية.

قوله: وَإِذَا دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَأَوْصَىٰ لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ بِمَالِهِ كُلِّهِ جَازَ، قيل: هذا إذا لم يكن ورثته معه في دار الإسلام، أمَّا إذا كانت ورثته معه يتوقَّف علىٰ إجازتهم، وأشارَ في الكتاب إلىٰ هذا بقوله: وَلَيْسَ لِوَرَثَتِهِ حَقٌّ مَرْعِيٌّ لِكَوْنِهِمْ فِي دَارِ الحَرْبِ إِذْ هُمْ أَمْوَاتٌ فِي حَقِّنَا.

عِنْدَ الْمَوْتِ أَوْ دَبَّرَ عَبْدَهُ فِي دَارِ الإِسْلَامِ فَذٰلِكَ صَحِيحٌ مِنْهُ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ الثُّلُثِ لِمَا بَيَّنَّا، وَكَذٰلِكَ لَوْ أَوْصَىٰ لَهُ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ بِوَصِيَّةٍ جَازَ لِأَنَّهُ مَا دَامَ فِي دَارِ الإِسْلَامِ فَهُوَ فِي الْمُعَامَلَاتِ بِمَنْزِلَةِ الذِّمِّيِّ، وَلِهٰذَا تَصِحُّ عُقُودُ التَّمْلِيكَاتِ مِنْهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَيَصِحُّ تَبَرُّعُهُ فِي حَيَاتِهِ فَكَذَا بَعْدَ مَمَاتِهِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ مُسْتَأْمَنٌ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ إِذْ هُوَ عَلَىٰ قَصْدِ الرُّجُوعِ وَيُمَكَّنُ مِنْهُ، وَلَا يُمَكَّنُ مِنْ زِيَادَةِ الْمُقَامِ عَلَىٰ السَّنَةِ إِلَّا بِالْجِزْيَةِ. وَلَوْ أَوْصَىٰ الذِّمِّيُّ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ أَوْ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ لَا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِالْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُمُ الْتَزَمُوا أَحْكَامَ الإِسْلَامِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَىٰ الْمُعَامَلَاتِ. وَلَوْ أَوْصَىٰ لِخِلَافِ مِلَّتِهِ جَازَ اعْتِبَارًا بِالْإِرْثِ إِذِ الكُفْرُ كُلُّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ أَوْصَىٰ لِحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الإِسْلَامِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الإِرْثَ مُمْتَنِعٌ لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ وَالْوَصِيَّةُ أُخْتُهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَلَوْ أَوْصَىٰ لِحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الإِسْلَامِ لَا يَجُوزُ، قوله: فِي دَارِ الإِسْلَامِ، يتعلّق بقوله: أَوْصَىٰ، لا: لِحَرْبِيٍّ، أي لو أوْصى الذميُّ في دار الإسلام لحربيٍّ في دار الحرب لم يجز، لتباين الدارين بينهما حقيقةً وحكمًا، وكذا لفظ المبسوط، ولأنَّ الذميَّ لو أوْصىٰ لحربيٍّ في دار الإسلام يجوز علىٰ ما ذكر قبل هذا، وهو قوله: وَكَذٰلِكَ لَوْ أَوْصَىٰ لَهُ - أي للمستأمن - مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ بِوَصِيَّةٍ جَازَ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

بَابُ الوَصِيِّ وَمَا يَمْلِكُهُ

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ رَجُلٍ فَقَبِلَ الوَصِيُّ فِي وَجْهِ المُوصِي وَرَدَّهَا فِي غَيْرِ وَجْهِهِ فَلَيْسَ بِرَدٍّ) لِأَنَّ المَيِّتَ مَضَىٰ مُعْتَمِدًا عَلَيْهِ، فَلَوْ صَحَّ رَدُّهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ فِي حَيَاتِهِ أَوْ بَعْدَ مَمَاتِهِ صَارَ مَغْرُورًا مِنْ جِهَتِهِ فَرُدَّ رَدُّهُ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ أَوْ بِبَيْعِ مَالِهِ حَيْثُ يَصِحُّ رَدُّهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ هُنَاكَ لِأَنَّهُ حَيٌّ قَادِرٌ عَلَىٰ التَّصَرُّفِ

باب الوصي وما يملكه

قوله: وَمَنْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ رَجُلٍ فَقَبِلَ الوَصِيُّ فِي وَجْهِ المُوصِي - أي بعلم الموصي - وَرَدَّهَا فِي غَيْرِ وَجْهِهِ، أي في غير علم الموصي.

قوله: بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ أَوْ بِبَيْعِ مَالِهِ حَيْثُ يَصِحُّ رَدُّهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ، هذا مخالفٌ لعامَّة روايات الكتب من الذخيرة واليتيمة وأدب القاضي للصدر الشهيد، والجامع الصغير للإمام المحبوبي، وفتاوى قاضي خان، لأنَّهُ ذكر في هذه الكتب أنَّ الوكيل إذا عزلَ نفسه عن الوكالة حالَ غيبة الموكل لا يصحُّ، حتَّىٰ لو عزلَ نفسه من غير علم الموكل لا يخرجُ عن الوكالة، والمذكور في فتاوى قاضي خان في الوكيل بشراء شيءٍ بعينه فقال: والوكيلُ بشراء شيءٍ بعينه إذا أَخْرَجَ نفسه عن الوكالة لا

بِنَفْسِهِ (فَإِنْ رَدَّهَا فِي وَجْهِهِ فَهُوَ رَدٌّ) لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُوصِي وِلَايَةُ إلْزَامِهِ التَّصَرُّفَ، وَلَا غُرُورَ فِيهِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُنِيبَ غَيْرَهُ (وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ وَلَمْ يَرُدَّ حَتَّىٰ مَاتَ المُوصِي فَهُوَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ قَبِلَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَقْبَلْ) لِأَنَّ المُوصِيَ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ الإِلْزَامِ فَبَقِيَ مُخَيَّرًا، فَلَوْ أَنَّهُ بَاعَ شَيْئًا مِنْ تَرِكَتِهِ فَقَدْ لَزِمَتْهُ، لِأَنَّ ذٰلِكَ دَلَالَةُ الِالْتِزَامِ وَالْقَبُولُ وَهُوَ مُعْتَبَرٌ بَعْدَ

يملكُ إلا بحضرةٍ من الموكل، ثمَّ ذكر في الجامع الصغير ما يوافق رواية الهداية فقال: بين هذا، أي بين الوصي وبين ما لو وكل رجلًا بشيءٍ فردَّ الوكيل يصحُّ ردُّه، سواءٌ ردَّه في وجه الموكل أو في غير وجهه، والمذكور في فتاوى قاضي خان مقيَّدًا بقوله: بشراء شيءٍ بعينه لا يخالفُ المذكور في الهداية، إذا حمل القيد على الاحتراز عن الوكيل بشراء شيءٍ بغير عينه، وفائدة التقييد أنَّ في المعيَّن لو صحَّ ردُّ الوكيل يلزم الموكل ضررٌ، وهو أن يعزل الوكيلُ نفسه ويشتري ذلك المعين لنفسه وفيه ضررُ الموكل، ولا يلزمُ هذا الضررَ في غير المعيَّن.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ وَلَمْ يَرُدَّ حَتَّىٰ مَاتَ المُوصِي فَهُوَ بِالْخِيَارِ، فإن قيل: كان يجبُ أن لا يكونَ له الخيار، لأنَّهُ لمَّا بلغه الإيصاءُ ولم يرده حالَ حياة الموصي فتَرك الميِّتُ الإيصاءَ إلىٰ غيره اعتمادًا علىٰ أنه يقبله، فإذا ردَّه بعد وفاته يصيرُ الميِّت مغرورًا من جهته، والجوابُ عنه أنَّ الميِّت مغتَر وليسَ بمغرورٍ لأنَّهُ كان من حقه أن يسألَ عنه أنه يقبله أو لا يقبله، فإذا لم يفعل ذلك وبنى الأمر علىٰ أنه يقبله بعد موته ولم يوص إلىٰ غيره جعل مغتَرًّا من جهة نفسه لا مغرورًا من جهة الوصي، بخلاف ما إذا قبل لأنَّهُ لمَّا قبل في حياته ترك الإيصاء إلىٰ غيره اعتمادًا علىٰ قبوله، فلو ملكَ الردَّ بعد وفاته يصير الميت مغرورًا من جهته والغرور ينتفى.

المَوْتِ، وَيَنْفُذُ البَيْعُ لِصُدُورِهِ مِنَ الوَصِيِّ، وَسَوَاءٌ عَلِمَ بِالْوِصَايَةِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالتَّوْكِيلِ فَبَاعَ حَيْثُ لَا يَنْفُذُ لِأَنَّ الوِصَايَةَ خِلَافَةٌ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِحَالِ انْقِطَاعِ وِلَايَةِ المَيِّتِ فَتَنْتَقِلُ الوِلَايَةُ إِلَيْهِ، وَإِذَا كَانَتْ خِلَافَةً لَا تَتَوَقَّفُ عَلَىٰ العِلْمِ كَالْوِرَاثَةِ. أَمَّا التَّوْكِيلُ إِنَابَةٌ لِثُبُوتِهِ فِي حَالِ قِيَامِ وِلَايَةِ المُنِيبِ فَلَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ عِلْمِهِ كَإِثْبَاتِ المِلْكِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَقَدْ بَيَّنَّا طَرِيقَ العِلْمِ وَشَرْطَ الإِخْبَارِ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنَ الكُتُبِ. (وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ حَتَّىٰ مَاتَ المُوصِي فَقَالَ لَا أَقْبَلُ ثُمَّ قَالَ أَقْبَلُ فَلَهُ ذٰلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنِ القَاضِي أَخْرَجَهُ مِنَ الوَصِيَّةِ حِينَ قَالَ لَا أَقْبَلُ) لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهِ لَا أَقْبَلُ لَا يَبْطُلُ الإِيصَاءُ، لِأَنَّ فِي إِبْطَالِهِ ضَرَرًا بِالْمَيِّتِ وَضَرَرُ الوَصِيِّ فِي الإِبْقَاءِ مَجْبُورٌ بِالثَّوَابِ، وَدَفْعُ الأَوَّلِ وَهُوَ أَعْلَىٰ أَوْلَىٰ، إِلَّا أَنَّ القَاضِيَ إِذَا أَخْرَجَهُ عَنِ الوِصَايَةِ

قوله: وَإِذَا كَانَتْ خِلَافَةً لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى العِلْمِ كَالْوِرَاثَةِ، يعني لمَّا كانت خلافةً كالإرث صحَّ بيعه كبيع الوارث بعد موت المورث، وإذا صحَّ البيعُ صار لازمًا حكمًا لنفاذ البيع فلا يملكُ ردَّه بعد ذلك، وقد بيَّنا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدَّم من الكتب، منها ما ذكر في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي: ومن أعمله من الناس بالوكالة يجوز تصرُّفه أي سواءٌ كان المخبر حرًّا أو عبدًا أو فاسقًا أو صبيًّا عاقلًا.

قوله: وَدَفْعُ الأَوَّلِ - أي المضرَّة الأولىٰ - وَهُوَ أَعْلَىٰ، لأنَّ ضررُ الميت غير مجبورٌ.

قوله: إِلَّا أَنَّ القَاضِيَ إِذَا أَخْرَجَهُ عَنِ الوِصَايَةِ يَصِحُّ ذٰلِكَ، استثناءٌ عن قوله:

يَصِحُّ ذٰلِكَ لِأَنَّهُ مُجْتَهَدٌ فِيهِ، إِذْ لِلْقَاضِي وِلَايَةُ دَفْعِ الضَّرَرِ، وَرُبَّمَا يَعْجِزُ عَنْ ذٰلِكَ فَيَتَضَرَّرُ بِبَقَاءِ الوِصَايَةِ فَيَدْفَعُ القَاضِي الضَّرَرَ عَنْهُ وَيُنَصِّبُ حَافِظًا لِمَالِ المَيِّتِ مُتَصَرِّفًا فِيهِ فَيَنْدَفِعُ الضَّرَرُ مِنَ الجَانِبَيْنِ فَلِهٰذَا يَنْفُذُ إِخْرَاجُهُ، فَلَوْ قَالَ بَعْدَ إِخْرَاجِ القَاضِي إِيَّاهُ أَقْبَلُ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ قَبِلَ بَعْدَ بُطْلَانِ الوِصَايَةِ بِإِبْطَالِ القَاضِي.

فَلَهُ ذٰلِكَ.

قوله: لِأَنَّهُ مُجْتَهَدٌ فِيهِ، أي لأنَّ الموضعَ موضع الاجتهاد، إذ الردُّ صحيحٌ عند زُفرَ رحمه الله تعالىٰ دفعًا للضرر عن الوصيِّ، وللقاضي ولايةُ دفع الضرر عن الناس فينفذُ قضاؤه وبطل الإيجاب فلا يعتبر القبول بعده، وذكر في أدب القاضي للصدر الشهيد في باب ما يكون قبولًا للوصية: ولو أوْصىٰ إليه وهو ليسَ بحاضرٍ فبلغه ذلك في حياة الموصي أو بعد وفاته فقال: لا أقبلُ، ثمَّ قبل بعد ذلك يجوز، لأنَّ هذا الردَّ لم يصح من غير علم الموصي، كردِّ الوكالة لا يصحُّ من غير علم الموكل، فإذا لم يرتد الإيجاب وقبلَ صحَّ القبول، إلا أن يكون القاضي أخرجه من ذلك بذلك الردِّ فيكون خارجًا عن الوصية، فبعدَ ذلك إن قبلَ لا تصحُّ، واختلفَ المشايخُ في تخريج هذا الحكم، منهم من قال: إنَّما كان لأنَّ علىٰ قول بعض العلماء يصحُّ الرد بدون علم الموصي فالقاضي متىٰ أخرجه من الوصاية بذلك الردِّ فقد قضىٰ في فصلٍ مجتهدٍ فيه فينفذُ، وإليه ذهب الإمام السرخسي، ومنهم من قال: لا حاجة إلىٰ هذا، لكن إنَّما كان لأنَّ الوصاية لو صحَّت بقبوله كان للقاضي أن يخرجه ويصحُّ الإخراج، فههنا أوْلىٰ، وإليه ذهبَ الإمام شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله تعالىٰ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ عَبْدٍ أَوْ كَافِرٍ أَوْ فَاسِقٍ أَخْرَجَهُمُ القَاضِي عَنِ الوِصَايَةِ وَنَصَّبَ غَيْرَهُمْ) وَهٰذَا اللَّفْظُ يُشِيرُ إِلَىٰ صِحَّةِ الوَصِيَّةِ، لِأَنَّ الإِخْرَاجَ يَكُونُ بَعْدَهَا. وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ أَنَّ الوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ. قِيلَ مَعْنَاهُ فِي جَمِيعِ هٰذِهِ الصُّوَرِ أَنَّ الوَصِيَّةَ سَتَبْطُلُ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ فِي العَبْدِ بَاطِلٌ حَقِيقَةً لِعَدَمِ وِلَايَتِهِ وَاسْتِبْدَادِهِ، وَفِي غَيْرِهِ مَعْنَاهُ سَتَبْطُلُ، وَقِيلَ فِي الكَافِرِ بَاطِلٌ أَيْضًا لِعَدَمِ وِلَايَتِهِ عَلَىٰ المُسْلِمِ، وَوَجْهِ الصِّحَّةِ، ثُمَّ الإِخْرَاجُ أَنَّ أَصْلَ النَّظَرِ ثَابِتٌ لِقُدْرَةِ العَبْدِ حَقِيقَةً، وَوِلَايَةُ الفَاسِقِ عَلَىٰ أَصْلِنَا وَوِلَايَةُ الكَافِرِ فِي الجُمْلَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ النَّظَرُ لِتَوَقُّفِ

قوله: وَمَنْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ عَبْدٍ أَوْ كَافِرٍ، أي إلىٰ عبد غيره، لقوله بعده: لِتَوَقُّفِ وِلَايَةِ العَبْدِ عَلَىٰ إِجَازَةِ المَوْلَىٰ.

قوله: قِيلَ مَعْنَاهُ فِي جَمِيعِ هٰذِهِ الصُّوَرِ ... سَتَبْطُلُ، يدلُّ عليه ما ذكر في الإيضاح: ولو تصرَّف العبدُ قبل أن يخرجه القاضي نفذَ تصرُّفه لأنَّهُ أهلٌ للتصرُّف لكن يخرجه القاضي للمعنى الذي ذكرناه، وهو أنَّ منافع بدنه مستحقة للمولىٰ فلا يجوز الصرف إلىٰ ورثة الموصي، وقبل الإخراج الوصايةُ باقيةٌ فنفذَ تصرُّفه.

قوله: وَاسْتِبْدَادِهِ، أي ولعدم استبداده بنفسه، لأنَّ منافعه لمولاه، فالظاهرُ أنه يمنعه من التبرع بِها علىٰ غيره، وكذلك بعد إجازة المولىٰ لا تصحُّ وصايته أيضًا، لأنَّ هذا بمنزلة الإعارة منه للعبد فلا يتعلَّقُ به اللزوم.

قوله: وَوِلَايَةُ الكَافِرِ - على المسلم - فِي الجُمْلَةِ، وهو ما إذا اشترىٰ عبدًا مسلمًا فإنه يصحُّ شراؤه ويثبتُ له الملك فيه والولايةُ عليه، إلا أنه يجبر على البيع والجبر على

وِلَايَةِ العَبْدِ عَلَىٰ إِجَازَةِ المَوْلَىٰ وَتَمَكُّنِهِ مِنَ الحَجْرِ بَعْدَهَا وَالْمُعَادَاةِ الدِّينِيَّةِ البَاعِثَةِ لِلْكَافِرِ عَلَىٰ تَرْكِ النَّظَرِ فِي حَقِّ المُسْلِمِ وَاتِّهَامِ الفَاسِقِ بِالْخِيَانَةِ فَيُخْرِجُهُ القَاضِي مِنَ الوِصَايَةِ وَيُقِيمُ غَيْرَهُ مُقَامَهُ إِتْمَامًا لِلنَّظَرِ. وَشَرَطَ فِي الأَصْلِ أَنْ يَكُونَ الفَاسِقُ مَخُوفًا عَلَيْهِ فِي المَالِ، وَهٰذَا يَصْلُحُ عُذْرًا فِي إِخْرَاجِهِ وَتَبْدِيلِهِ بِغَيْرِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ عَبْدِ نَفْسِهِ وَفِي الوَرَثَةِ كِبَارٌ لَمْ تَصِحَّ الوَصِيَّةُ) لِأَنَّ لِلْكَبِيرِ أَنْ يَمْنَعَهُ أَوْ يَبِيعَ نَصِيبَهُ فَيَمْنَعَهُ المُشْتَرِي فَيَعْجِزُ عَنِ الوَفَاءِ بِحَقِّ الوِصَايَةِ فَلَا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا كُلُّهُمْ فَالْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ جَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَلَا تَجُوزُ عِنْدَهُمَا وَهُوَ القِيَاسُ. وَقِيلَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ مُضْطَرِبٌ، يَرْوِي مَرَّةً مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَتَارَةً مَعَ أَبِي يُوسُفَ. وَجْهُ القِيَاسِ أَنَّ الوِلَايَةَ مُنْعَدِمَةٌ لِمَا أَنَّ الرِّقَّ يُنَافِيهَا، وَلِأَنَّ فِيهِ إِثْبَاتَ الوِلَايَةِ لِلْمَمْلُوكِ عَلَىٰ المَالِكِ، وَهٰذَا قَلْبُ المَشْرُوعِ، وَلِأَنَّ الوِلَايَةَ الصَّادِرَةَ مِنَ الأَبِ لَا تَتَجَزَّأُ، وَفِي اعْتِبَارِ هٰذِهِ تَجْزِئَتُهَا لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ رَقَبَتِهِ وَهٰذَا نَقْضُ المَوْضُوعِ. وَلَهُ أَنَّهُ مُخَاطَبٌ مُسْتَبِدٌّ بِالتَّصَرُّفِ فَيَكُونُ أَهْلًا لِلْوِصَايَةِ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ

البيع لا يشعرُ بعدم الولاية.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ مُخَاطَبٌ، احترازٌ عن الصبيِّ والمجنون، وقوله: مُسْتَبِدٌّ، احترازٌ عن

عَلَيْهِ وِلَايَةٌ، فَإِنَّ الصِّغَارَ وَإِنْ كَانُوا مُلَّاكًا لَيْسَ لَهُمْ وِلَايَةُ المَنْعِ فَلَا مُنَافَاةَ، وَإِيصَاءُ المَوْلَىٰ إِلَيْهِ يُؤْذِنُ بِكَوْنِهِ نَاظِرًا لَهُمْ وَصَارَ كَالْمُكَاتَبِ، وَالْوِصَايَةُ قَدْ تَتَجَزَّأُ عَلَىٰ مَا هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، أَوْ نَقُولُ: يُصَارُ إِلَيْهِ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ إِبْطَالِ أَصْلِهِ، وَتَغْيِيرِ الوَصْفِ لِتَصْحِيحِ الأَصْلِ أَوْلَىٰ.

قَالَ: (وَمَنْ يَعْجِزُ عَنِ القِيَامِ بِالْوَصِيَّةِ ضَمَّ إِلَيْهِ القَاضِي غَيْرَهُ) رِعَايَةً لِحَقِّ المُوصِي وَالْوَرَثَةِ، وَهٰذَا لِأَنَّ تَكْمِيلَ النَّظَرِ يَحْصُلُ بِضَمِّ الآخَرِ إِلَيْهِ لِصِيَانَتِهِ وَنَقْصِ كِفَايَتِهِ فَيَتِمُّ النَّظَرُ بِإِعَانَةِ غَيْرِهِ، وَلَوْ شَكَا إِلَيْهِ الوَصِيُّ ذٰلِكَ لَا يُجِيبُهُ حَتَّىٰ يَعْرِفَ ذٰلِكَ حَقِيقَةً، لِأَنَّ الشَّاكِيَ قَدْ يَكُونُ

الإيصاء إلىٰ عبد الغير فإنه لا استبدادَ له، وعن الإيصاء إلىٰ عبد نفسه، وفي الوراثة كبير لأنَّ للكبير أن يبيعَ نصيبه منه فلا يبقىٰ حينئذٍ للعبد الاستبداد بنفسه، وأمَّا فيما نحنُ فيه فلا يملكُ بيعه أحد فكان مستبدًا بالتصرف، وفي الأسرار: فإن قيل: للقاضي ولاية البيع في هذه المسئلة؟ قلنا: إذا ثبتَ الإيصاء للعبد لم يبق للقاضي ولاية البيع.

قوله: وَالْوِصَايَةُ قَدْ تَتَجَزَّأُ عَلَىٰ مَا هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، فإنه إذا أوْصىٰ إلىٰ رجلين إلىٰ أحدهما في العين وإلى الآخر في الدين روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّ كل واحد منهما يكون وصيًّا فيما أوْصىٰ إليه خاصةً.

قوله: رِعَايَةً لِحَقِّ المُوصِي وَالْوَرَثَةِ، فرعايةُ حقِّ الموصي في إبقاء الأول وصيًّا تصحيحًا لتصرُّف الموصي، ورعاية حقِّ الورثة في ضم الآخر إليه.

قوله: وَلَوْ شَكَا إِلَيْهِ الوَصِيُّ ذٰلِكَ، أي لو شكا الوصيُّ إلى القاضي عجزه عن

كَاذِبًا تَخْفِيفًا عَلَىٰ نَفْسِهِ، وَإِذَا ظَهَرَ عِنْدَ القَاضِي عَجْزُهُ أَصْلًا اسْتَبْدَلَ بِهِ رِعَايَةً لِلنَّظَرِ مِنَ الجَانِبَيْنِ؛ وَلَوْ كَانَ قَادِرًا عَلَىٰ التَّصَرُّفِ أَمِينًا فِيهِ لَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يُخْرِجَهُ، لِأَنَّهُ لَوِ اخْتَارَ غَيْرَهُ كَانَ دُونَهُ لِمَا أَنَّهُ كَانَ مُخْتَارَ المَيِّتِ وَمَرْضِيَّهُ فَإِبْقَاؤُهُ أَوْلَىٰ، وَلِهٰذَا قُدِّمَ عَلَىٰ أَبِ المَيِّتِ مَعَ وُفُورِ شَفَقَتِهِ فَأَوْلَىٰ أَنْ يُقَدَّمَ عَلَىٰ غَيْرِهِ، وَكَذَا إِذَا شَكَا الوَرَثَةُ أَوْ بَعْضُهُمُ الوَصِيَّ إِلَىٰ القَاضِي فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَعْزِلَهُ حَتَّىٰ يَبْدُوَ لَهُ مِنْهُ خِيَانَةٌ لِأَنَّهُ اسْتَفَادَ الوِلَايَةَ مِنَ المَيِّتِ، غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا ظَهَرَتِ الخِيَانَةُ فَالْمَيِّتُ إِنَّمَا نَصَّبَهُ وَصِيًّا لِأَمَانَتِهِ وَقَدْ فَاتَتْ، وَلَوْ كَانَ فِي الأَحْيَاءِ لَأَخْرَجَهُ مِنْهَا، فَعِنْدَ عَجْزِهِ يَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهُ كَأَنَّهُ لَا وَصِيَّ لَهُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ اثْنَيْنِ لَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ دُونَ صَاحِبِهِ) إِلَّا فِي أَشْيَاءَ مَعْدُودَةٍ نُبَيِّنُهَا إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَنْفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّصَرُّفِ فِي جَمِيعِ الأَشْيَاءِ لِأَنَّ الوِصَايَةَ سَبِيلُهَا الوِلَايَةُ وَهِيَ وَصْفٌ شَرْعِيٌّ لَا

القيام بأمور الوصاية.

قوله: لِأَنَّ الوِصَايَةَ سَبِيلُهَا الوِلَايَةُ، أي الوصاية إنَّما تثبتُ بطريق الولاية بانتقال ولاية الموصي إلى الوصيِّ لا بطريق الإنابة، بدليل أنَّ الإيصاء يتمُّ بقوله: أوصيت، مطلقًا، ولو كان بطريق الإنابة لم يصح إلَّا بالتنصيص علىٰ ما هو المقصود كالوكيل، فإنه لو قال: وكلتكَ، لا يملك التصرف ما لم يذكر ما ذا فوَّض إليه من التصرف، وكذا لو

تَتَجَزَّأُ فَيَثْبُتُ لِكُلٍّ مِنهُمَا كَمَلًا كَوِلَايَةِ الإِنْكَاحِ لِلْأَخَوَيْنِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الوِصَايَةَ خِلَافَةٌ، وَإِنَّمَا تَتَحَقَّقُ إِذَا انْتَقَلَتِ الوِلَايَةُ إِلَيْهِ عَلَىٰ الوَجْهِ الَّذِي كَانَ ثَابِتًا لِلْمُوصِي وَقَدْ كَانَ بِوَصْفِ الكَمَالِ، وَلِأَنَّ اخْتِيَارَ الأَبِ إِيَّاهُمَا يُؤْذِنُ بِاخْتِصَاصِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالشَّفَقَةِ فَيَنْزِلُ ذٰلِكَ مَنْزِلَةَ قَرَابَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. وَلَهُمَا أَنَّ الوِلَايَةَ تَثْبُتُ بِالتَّفْوِيضِ فَيُرَاعَىٰ وَصْفُ التَّفْوِيضِ وَهُوَ وَصْفُ الِاجْتِمَاعِ إِذْ هُوَ شَرْطٌ مُقَيِّدٌ، وَمَا رَضِيَ المُوصِي إِلَّا بِالْمُثَنَّىٰ وَلَيْسَ الوَاحِدُ كَالْمُثَنَّىٰ، بِخِلَافِ الأَخَوَيْنِ فِي الإِنْكَاحِ لِأَنَّ السَّبَبَ هُنَالِكَ القَرَابَةُ وَقَدْ قَامَتْ بِكُلٍّ مِنْهُمَا كَمَلًا، وَلِأَنَّ الإِنْكَاحَ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ لَهَا عَلَىٰ الوَلِيِّ، حَتَّىٰ لَوْ طَالَبَتْهُ بِإِنْكَاحِهَا مِنْ كُفُؤٍ يَخْطُبُهَا يَجِبُ عَلَيْهِ وَهَاهُنَا حَقُّ التَّصَرُّفِ لِلْوَصِيِّ، وَلِهٰذَا يَبْقَىٰ مُخَيَّرًا فِي التَّصَرُّفِ، فَفِي الأَوَّلِ أَوْفَىٰ حَقًّا عَلَىٰ صَاحِبِهِ فَصَحَّ، وَفِي الثَّانِي اسْتَوْفَىٰ حَقًّا لِصَاحِبِهِ فَلَا يَصِحُّ أَصْلُهُ الدَّيْنُ الَّذِي عَلَيْهِمَا

قال: جعلتُكَ حاكمًا، لا يملك تنفيذ القضاء ما لم يبين له ذلك، وهٰهنا لمّا صح الإيصاء إليه مطلقًا عرفنا أنه إثبات الولاية بطريق الخلافة، والدليل عليه أنَّ أوان ولايته بعد زوال ولاية الموصي والولاية إذا ثبت لاثنين شرعًا يثبت لكل واحد منهما كملًا على الانفراد، كالأخوين في ولاية الإنكاح، فكذا إذا ثبت شرطًا، وهذا لأنَّ الولاية لا يحتمل التجزي لأنَّها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تتجزى، بخلاف التوكيل والتقليد في الحكومة.

قوله: أَصْلُهُ الدَّيْنُ الَّذِي عَلَيْهِمَا وَلَهُمَا، يعني إذا كان الدينُ عليهما فلأحدهما

وَلَهُمَا، بِخِلَافِ الأَشْيَاءِ المَعْدُودَةِ لِأَنَّهَا مِنْ بَابِ الضَّرُورَةِ لَا مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ، وَمَوَاضِعُ الضَّرُورَةِ مُسْتَثْنَاةٌ أَبَدًا، وَهِيَ مَا اسْتَثْنَاهُ فِي الكِتَابِ وَأَخَوَاتِهَا فَقَالَ: (إِلَّا فِي شِرَاءِ كَفَنِ المَيِّتِ وَتَجْهِيزِهِ) لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ فَسَادَ المَيِّتِ وَلِهٰذَا يَمْلِكُهُ الجِيرَانُ عِنْدَ ذٰلِكَ (وَطَعَامِ الصِّغَارِ وَكِسْوَتِهِمْ) لِأَنَّهُ يَخَافُ مَوْتَهُمْ جُوعًا وَعُرْيًا (وَرَدِّ الوَدِيعَةِ بِعَيْنِهَا وَرَدِّ المَغْصُوبِ وَالْمُشْتَرَىٰ شِرَاءً فَاسِدًا وَحِفْظِ الأَمْوَالِ وَقَضَاءِ الدُّيُونِ) لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ المَالِكُ، وَصَاحِبُ الدَّيْنِ إِذَا ظَفِرَ بِجِنْسِ حَقِّهِ وَحِفْظُ المَالِ يَمْلِكُهُ مَنْ يَقَعُ فِي يَدِهِ فَكَانَ مِنْ بَابِ الإِعَانَةِ. وَلِأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَىٰ الرَّأْيِ (وَتَنْفِيذِ وَصِيَّةٍ بِعَيْنِهَا وَعِتْقِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ) لِأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَىٰ الرَّأْيِ (وَالْخُصُومَةِ فِي حَقِّ المَيِّتِ) لِأَنَّ الِاجْتِمَاعَ فِيهَا مُتَعَذِّرٌ وَلِهٰذَا يَنْفَرِدُ بِهَا أَحَدُ الوَكِيلَيْنِ (وَقَبُولِ الهِبَةِ) لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ خِيفَةَ الفَوَاتِ، وَلِأَنَّهُ يُمَلِّكُهُ الأُمَّ وَالَّذِي فِي حِجْرِهِ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ (وَبَيْعِ مَا يَخْشَىٰ عَلَيْهِ التَّوَىٰ وَالتَّلَفَ) لِأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً لَا تُخْفَىٰ (وَجَمْعِ الأَمْوَالِ الضَّائِعَةِ) لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ خَشْيَةَ الفَوَاتِ، وَلِأَنَّهُ يُمَلِّكُهُ كُلَّ مَنْ وَقَعَ فِي يَدِهِ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلَيْسَ لِأَحَدِ الوَصِيَّيْنِ

ولاية الإيفاء، وإذا كان لهما لا يكون لأحدهما ولاية الاستيفاء.

قوله: وَقَضَاءِ الدُّيُونِ، أي بجنس حقِّه.

أَنْ يَبِيعَ وَيَتَقَاضَىٰ، وَالْمُرَادُ بِالتَّقَاضِي الِاقْتِضَاءُ، كَذَا كَانَ الْمُرَادُ مِنْهُ فِي عُرْفِهِمْ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا جَمِيعًا فِي الْقَبْضِ، وَلِأَنَّهُ فِي مَعْنَىٰ الْمُبَادَلَةِ لَا سِيَّمَا عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فَكَانَ مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ عَلَىٰ الِانْفِرَادِ قِيلَ يَنْفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّصَرُّفِ بِمَنْزِلَةِ الوَكِيلَيْنِ إِذَا وَكَّلَ كُلَّ وَاحِدٍ عَلَىٰ الِانْفِرَادِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ لَمَّا أَفْرَدَ فَقَدْ رَضِيَ بِرَأْيِ الوَاحِدِ. وَقِيلَ الخِلَافُ

قوله: وَالْمُرَادُ بِالتَّقَاضِي الِاقْتِضَاءُ، أي القبضُ في عرفهم فيكون على الخلاف، وفي عرفنا يرادُ به الطلب فيملكه كلُّ واحد منهما.

قوله: وَلَوْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ عَلَى الِانْفِرَادِ قِيلَ يَنْفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّصَرُّفِ بِمَنْزِلَةِ الوَكِيلَيْنِ، وعن أبي القاسم الصفَّار: هذا الخلافُ فيما إذا أوصىٰ إليهما جميعًا معًا بعقدٍ واحدٍ، فأمَّا إذا أوْصىٰ لكلِّ واحد منهما بعقدٍ علىٰ حدةٍ ينفردُ كل واحد منهما بالتصرف بلا خلافٍ، قال الفقيه أبو الليث: قول أبي القاسم الصفَّار أصحُّ وبه نأخذُ، وحُكيَ عن أبي بكر الأسكاف قال: الخلافُ فيهما جميعًا سواء أوْصىٰ إليهما جميعًا أو متفرقًا، وذكر في المبسوط: ولم يذكر في الكتاب ما إذا أوْصىٰ إلىٰ كل واحد منهما على الإنفراد، ولكن الأصح أنَّ الخلاف في الفصلين، لأنَّ وجوب الوصية يكون عند الموت فتثبتُ الوصية لهما جميعًا، بخلاف الوكالة، وقد يوصي الإنسان إلىٰ غيره علىٰ ظنٍّ أنه يمكن من إتمام مقصوده وحده، ثمَّ يتبيَّنُ له عجزه عن ذلك فيضمُّ إليه غيره فكان بمنزلة الوصية إليهما معًا، بخلاف الوكيلين فإنَّ رأي الموكل قائمٌ هناكَ، وإذا عجز الوكيلُ يمكن الموكلُ من المباشرة بنفسه فلم يكن قصده ضمُّ الثاني إلى الأول، وإنَّما كان قصده إنابة كلِّ واحد منهما منابه بالانفراد.

فِي الفَصْلَيْنِ وَاحِدٌ، وَهُوَ الأَصَحُّ لِأَنَّ وُجُوبَ الوَصِيَّةِ عِنْدَ المَوْتِ بِخِلَافِ الوَكِيلَيْنِ، لِأَنَّ الوَكَالَةَ تَتَعَاقَبُ، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا جَعَلَ القَاضِيَ مَكَانَهُ وَصِيًّا آخَرَ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ البَاقِيَ عَاجِزٌ عَنِ التَّفَرُّدِ بِالتَّصَرُّفِ فَيَضُمُّ القَاضِي إِلَيْهِ وَصِيًّا آخَرَ نَظَرًا لِلْمَيِّتِ عِنْدَ عَجْزِهِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ الحَيُّ مِنْهُمَا وَإِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَىٰ التَّصَرُّفِ فَالْمُوصِي قَصَدَ أَنْ يَخْلُفَهُ مُتَصَرِّفًا فِي حُقُوقِهِ، وَذٰلِكَ مُمْكِنُ التَّحَقُّقِ بِنَصْبِ وَصِيٍّ آخَرَ مَكَانَ المَيِّتِ. وَلَوْ أَنَّ المَيِّتَ مِنْهُمَا أَوْصَىٰ إِلَىٰ الحَيِّ فَلِلْحَيِّ أَنْ يَتَصَرَّفَ وَحْدَهُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ إِلَىٰ شَخْصٍ آخَرَ. وَلَا يَحْتَاجُ القَاضِي إِلَىٰ نَصْبِ وَصِيٍّ آخَرَ لِأَنَّ رَأْيَ المَيِّتِ بَاقٍ حُكْمًا بِرَأْيِ مَنْ يَخْلُفُهُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يَنْفَرِدُ بِالتَّصَرُّفِ لِأَنَّ المُوصِيَ مَا رَضِيَ بِتَصَرُّفِهِ وَحْدَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ إِلَىٰ غَيْرِهِ لِأَنَّهُ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ بِرَأْيِ المُثَنَّىٰ كَمَا رَضِيَهُ المُتَوَفَّىٰ. وَإِذَا مَاتَ الوَصِيُّ وَأَوْصَىٰ إِلَىٰ آخَرَ فَهُوَ وَصِيُّهُ فِي تَرِكَتِهِ وَتَرِكَةِ المَيِّتِ الأَوَّلِ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَكُونُ وَصِيًّا فِي تَرِكَةِ المَيِّتِ الأَوَّلِ اعْتِبَارًا بِالتَّوْكِيلِ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ رَضِيَ بِرَأْيِهِ لَا بِرَأْيِ

قوله: وَإِذَا مَاتَ الوَصِيُّ وَأَوْصَىٰ إِلَىٰ آخَرَ - أي قال جعلته وصيًّا - فَهُوَ وَصِيُّهُ فِي تَرِكَتِهِ وَتَرِكَةِ المَيِّتِ الأَوَّلِ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَا يَكُونُ وَصِيًّا فِي تَرِكَةِ المَيِّتِ الأَوَّلِ، هذا إذا أطلَق، أمَّا إذا قال: جعلته وصيَّ ما أتركه، صار وصيًّا

غَيْرِهِ. وَلَنَا أَنَّ الوَصِيَّ يَتَصَرَّفُ بِوِلَايَةٍ مُنْتَقِلَةٍ إِلَيْهِ فَيَمْلِكُ الإِيصَاءَ إِلَىٰ غَيْرِهِ كَالْجَدِّ؛ أَلَا يُرَىٰ أَنَّ الوِلَايَةَ الَّتِي كَانَتْ ثَابِتَةً لِلْمُوصِي تَنْتَقِلُ إِلَىٰ الوَصِيِّ فِي المَالِ وَإِلَىٰ الجَدِّ فِي النَّفْسِ، ثُمَّ الجَدُّ قَائِمٌ مُقَامَ الأَبِ فِيمَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ فَكَذَا الوَصِيُّ، وَهٰذَا لِأَنَّ الإِيصَاءَ إِقَامَةُ غَيْرِهِ مُقَامَهُ فِيمَا لَهُ وِلَايَتُهُ، وَعِنْدَ المَوْتِ كَانَتْ لَهُ وِلَايَةٌ فِي التَّرِكَتَيْنِ فَيَنْزِلُ الثَّانِي مَنْزِلَتَهُ فِيهِمَا. وَلِأَنَّهُ لَمَّا اسْتَعَانَ بِهِ فِي ذٰلِكَ مَعَ عِلْمِهِ أَنَّهُ قَدْ تَعْتَرِيهِ المَنِيَّةُ قَبْلَ تَتْمِيمِ مَقْصُودِهِ بِنَفْسِهِ وَهُوَ تَلَافِي مَا فَرَّطَ مِنْهُ صَارَ رَاضِيًا بِإِيصَائِهِ إِلَىٰ غَيْرِهِ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ لِأَنَّ المُوَكِّلَ حَيٌّ يُمْكِنُهُ أَنْ يُحَصِّلَ مَقْصُودَهُ بِنَفْسِهِ فَلَا يَرْضَىٰ بِتَوْكِيلِ غَيْرِهِ وَالْإِيصَاءِ إِلَيْهِ.

قَالَ: (وَمُقَاسَمَةُ الوَصِيِّ المُوصَىٰ لَهُ عَنِ الوَرَثَةِ جَائِزَةٌ وَمُقَاسَمَةُ الوَرَثَةِ

في تركته وتركة موصيه في ظاهر الرواية، لأنَّ تركة موصيه تركته أيضًا، وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ يصير وصيًّا في تركة الموصي فقط لأنَّهُ نصَّ عليه.

قوله: وَإِلَى الجَدِّ فِي النَّفْسِ، حتى كان له ولاية تزويج الصغار واستيفاء القصاص.

قوله: ثُمَّ الجَدُّ قَائِمٌ مَقَامَ الأَبِ، إلىٰ آخره، الأب كان له ولاية الإنكاح بنفسه وبإقامة غيره مقامه، فكذلك الجدُّ له ولاية الإنكاح بنفسه وبإقامة غيره مقامه، وكذلك الموصي كان له ولاية التصرف في ماله بنفسه وبإقامة غيره مقامه، فكذلك الوصيُّ، لقيامه مقامه.

قوله: وَمُقَاسَمَةُ الوَصِيِّ المُوصَىٰ لَهُ عَنِ الوَرَثَةِ - أي نيابةً عن الورثة - جَائِزَةٌ،

عَنِ المُوصَىٰ لَهُ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ الوَارِثَ خَلِيفَةُ المَيِّتِ حَتَّىٰ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ وَيَرُدَّ عَلَيْهِ بِهِ وَيَصِيرَ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ المُورِثِ ....

وَمُقَاسَمَةُ الوَرَثَةِ - أي مقاسمة الوصي الورثةَ - عَنِ المُوصَىٰ لَهُ، أي نيابةً عنه، صورته رجلٌ أوْصىٰ إلىٰ رجل وأوْصىٰ لرجل آخر بثلث ماله، وله ورثة صغار أو كبار غيب فقاسم الوصيُّ الموصىٰ له وأعطىٰ له الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمةُ نافذةٌ على الورثة، حتَّىٰ لو هلكَ حصة الورثة في يده لم يرجع الورثة على الموصىٰ له بشيءٍ، لأنَّ ولايته نافذةٌ على الصغار وعلىٰ حفظ مال الكبار والموصىٰ له خصمٌ والقسمة بين الخصمين نفذت، وأمَّا في عكسه وهو أن يكون الوارث كبيرًا حاضرًا والموصىٰ له غائبًا فقاسم الوصيَّ مع الوارث فأعطى الوارث حقه وأمسك الثلث للموصىٰ له لم تنفذ القسمة على الموصىٰ له، حتَّىٰ لو هلكَ ما في يده كان للموصىٰ له أن يرجع على الورثة بثلث ما في أيديهم لأنَّهُ لا ولايةَ للموصي عليه، وذكر الإمام المحبوبي محيلًا إلىٰ مبسوط شيخ الإسلام: أنَّ مقاسمة الوصي للموصىٰ له عن الورثة جائزةٌ في العروض والعقار جميعًا إذا كانت الورثة صغارًا كلهم، حتَّىٰ لو هلكَ نصيب الورثة لم يكن لهم الرجوعُ بشيءٍ على الموصىٰ له لأنَّ للوصيِّ ولايةٌ على الورثة، ألا ترىٰ أن له ولاية بيع نصيب الصغار من العقار والمنقول جميعًا، أمَّا لو كانت الورثة كبارًا فليس للوصيِّ ولاية البيع على الكبير الغائب في العقار وله ولاية بيع المنقول عليه، فكذا القسمة لأنَّ القسمة نوع بيعٍ، فلذلك قلنا إذا كانت الورثة كبارًا غيبًا كانت مقاسمة الوصي للموصىٰ له عن الورثة جائزةً في العروض دون العقار، وأمَّا مقاسمته مع الورثة عن الموصىٰ له باطلةٌ في العقار والعروض جميعًا، سواءٌ كان الموصىٰ له صغيرًا أو كبيرًا، حاضرًا أو غائبًا، حتَّىٰ لو هلكت حصة الموصىٰ له في يد الوصي وبقيت حصة الورثة كان للموصىٰ له أن يرجع بثلث ما في يد الورثة إن كان قائمًا في أيديهم.

وَالْوَصِيُّ خَلِيفَةُ المَيِّتِ أَيْضًا فَيَكُونُ خَصْمًا عَنِ الوَارِثِ إِذَا كَانَ غَائِبًا فَصَحَّتْ قِسْمَتُهُ عَلَيْهِ، حَتَّىٰ لَوْ حَضَرَ وَقَدْ هَلَكَ مَا فِي يَدِ الوَصِيِّ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُشَارِكَ المُوصَىٰ لَهُ، أَمَّا المُوصَىٰ لَهُ فَلَيْسَ بِخَلِيفَةٍ عَنِ المَيِّتِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِسَبَبٍ جَدِيدٍ، وَلِهَٰذَا لَا يُرَدُّ بِالْعَيْبِ وَلَا يُرَدُّ عَلَيْهِ، وَلَا يَصِيرُ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ المُوصِي فَلَا يَكُونُ الوَصِيُّ خَلِيفَةً عَنْهُ عِنْدَ غَيْبَتِهِ، حَتَّىٰ لَوْ هَلَكَ مَا أَفْرَزَ لَهُ عِنْدَ الوَصِيِّ كَانَ لَهُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ لِأَنَّ القِسْمَةَ لَمْ تَنْفُذْ عَلَيْهِ، غَيْرَ أَنَّ الوَصِيَّ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ، وَلَهُ وِلَايَةُ الحِفْظِ فِي التَّرِكَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ بَعْضُ التَّرِكَةِ قَبْلَ القِسْمَةِ فَيَكُونُ لَهُ ثُلُثُ البَاقِي لِأَنَّ المُوصَىٰ لَهُ شَرِيكُ الوَارِثِ فَيَتْوَىٰ مَا تَوِيَ مِنَ المَالِ المُشْتَرَكِ عَلَىٰ الشَّرِكَةِ وَيَبْقَىٰ مَا بَقِيَ عَلَىٰ الشَّرِكَةِ.

قَالَ: (فَإِنْ قَاسَمَ الوَرَثَةَ وَأَخَذَ نَصِيبَ المُوصَىٰ لَهُ فَضَاعَ رَجَعَ المُوصَىٰ

قوله: وَالْوَصِيُّ خَلِيفَةُ المَيِّتِ أَيْضًا فَيَكُونُ خَصْمًا عَنِ الوَارِثِ، لأنَّ من كان خليفةً لأحدٍ كان خليفةً لمن قامَ مقامه، فصار تصرُّفه كتصرفه إذا كان غائبًا فصحت قسمه عليه.

قوله: وَلَا يَصِيرُ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ المُوصِي، حتى لو كان الموصىٰ به جاريةً فاستولدها الموصىٰ له ثمَّ استحقت أخذها المستحق وولدها، ولا يصير الولد حرًّا بالقيمة بحكم الغرور، بخلاف الوارث.

لَهُ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ) لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ المَيِّتُ أَوْصَىٰ بِحَجَّةٍ فَقَاسَمَ فِي الوَرَثَةِ فَهَلَكَ مَا فِي يَدِهِ حَجَّ عَنِ المَيِّتِ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ، وَكَذٰلِكَ إِنْ دَفَعَهُ إِلَىٰ رَجُلٍ لِيَحُجَّ عَنْهُ فَضَاعَ فِي يَدِهِ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ كَانَ مُسْتَغْرِقًا لِلثُّلُثِ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ، وَإِلَّا يَرْجِعُ بِتَمَامِ الثُّلُثِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ لِأَنَّ القِسْمَةَ حَقُّ المُوصِي، وَلَوْ أَفْرَزَ المُوصِي بِنَفْسِهِ مَالًا لِيَحُجَّ عَنْهُ فَهَلَكَ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ وَبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ، فَكَذَا إِذَا أَفْرَزَهُ وَصِيُّهُ الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ مَحَلَّ الوَصِيَّةِ الثُّلُثُ فَيَجِبُ تَنْفِيذُهَا مَا بَقِيَ مَحَلُّهَا، وَإِذَا لَمْ يَبْقَ بَطَلَتْ لِفَوَاتِ مَحَلِّهَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ القِسْمَةَ لَا تُرَادُ لِذَاتِهَا بَلْ لِمَقْصُودِهَا وَهُوَ تَأْدِيَةُ الحَجِّ فَلَمْ

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارةٌ إلىٰ قوله: لِأَنَّ المُوصَىٰ لَهُ شَرِيكُ الوَارِثِ فَيَتْوَى مَا تَوِيَ ... عَلَى الشَّرِكَةِ وَيَبْقَىٰ مَا بَقِيَ عَلَى الشَّرِكَةِ.

قوله: وَإِنْ كَانَ المَيِّتُ أَوْصَىٰ بِحَجَّةٍ فَقَاسَمَ فِي الوَرَثَةِ، في بعض الفوائد، وذكر في المبسوط لخواهر زاده: وأجمعوا أنَّ الموصي لو قاسم الورثةَ وأخذ الثلث فضاعَ في يده قبل أن يدفعه إلى النائب فإنه يحجُّ عنه بثُلث ما بقي، ثمَّ وثمَّ إلىٰ أن يبقىٰ حبةٌ، وإنَّما الاختلاف فيما إذا دفعه إلى النائب فهلكَ في يد النائب، وإطلاق ما ذكر ههنا يدلُّ علىٰ أنَّ الخلافَ في الفصلين واحدٌ، وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله تعالىٰ: فهلكَ ما في يده حجَّ عن الميت بثلث ما بقي، وكذا إن دفعه إلىٰ رجلٍ ليحجَّ عنه فضاعَ في يده.

تُعْتَبَرْ دُونَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ قَبْلَ القِسْمَةِ فَيَحُجُّ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ، وَلِأَنَّ تَمَامَهَا بِالتَّسْلِيمِ إِلَىٰ الجِهَةِ المُسَمَّاةِ، إِذْ لَا قَابِضَ لَهَا، فَإِذَا لَمْ يُصْرَفْ إِلَىٰ ذٰلِكَ الوَجْهِ لَمْ يَتِمَّ فَصَارَ كَهَلَاكِهِ قَبْلَهَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ أَلْفِ دِرْهَمٍ فَدَفَعَهَا الوَرَثَةُ إِلَىٰ القَاضِي فَقَسَمَهَا وَالْمُوصَىٰ لَهُ غَائِبٌ فَقِسْمَتُهُ جَائِزَةٌ) لِأَنَّ الوَصِيَّةَ صَحِيحَةٌ، وَلِهٰذَا لَوْ مَاتَ المُوصَىٰ لَهُ قَبْلَ القَبُولِ تَصِيرُ الوَصِيَّةُ مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ وَالْقَاضِي نَصَّبَ نَاظِرًا لَا سِيَّمَا فِي حَقِّ المَوْتَىٰ وَالْغُيَّبِ، وَمِنَ النَّظَرِ إِفْرَازُ نَصِيبِ الغَائِبِ وَقَبْضِهِ فَنَفَذَ ذٰلِكَ وَصَحَّ، حَتَّىٰ لَوْ حَضَرَ الغَائِبُ وَقَدْ هَلَكَ المَقْبُوضُ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَىٰ الوَرَثَةِ سَبِيلٌ.

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ الوَصِيُّ عَبْدًا مِنَ التَّرِكَةِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الغُرَمَاءِ فَهُوَ جَائِزٌ) لِأَنَّ الوَصِيَّ قَائِمٌ مَقَامَ المُوصِي، وَلَوْ تَوَلَّىٰ حَيًّا بِنَفْسِهِ يَجُوزُ

قوله: فَقِسْمَتُهُ جَائِزَةٌ، وفي الجامع الصغير: الموصىٰ له بالثلث إذا كان غائبًا فدفع الورثة المال إلى القاضي يجوز قسمته، لأنَّ له ولايةٌ على الغائب فكان قسمته كقسمته للغائب، قالوا هذا الجوابُ فيما يكالُ أو يوزنُ لأنَّ القسمةَ فيه تمييزٌ وليسَ مبادلةٌ حتى ينفرد أحد الشريكين بأخذ نصيبه من غير قضاءٍ ولا رضاءٍ، ويجوز أن يبيع نصيبه مرابحةً علىٰ ما قام عليه من الثمن، وفيما عداهما لا يجوز لأنَّ القسمة فيها معنى المبادلة كالبيع، وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا القسمة، وهذا بخلاف الوصيِّ لأنَّهُ لا ولايةَ له على الغائب ولا على الموصىٰ له.

بَيْعُهُ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الغُرَمَاءِ وَإِنْ كَانَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ فَكَذَا إِذَا تَوَلَّاهُ مَنْ قَامَ مَقَامَهُ، وَهٰذَا لِأَنَّ حَقَّ الغُرَمَاءِ مُتَعَلِّقٌ بِالْمَالِيَّةِ لَا بِالصُّورَةِ وَالْبَيْعُ لَا يُبْطِلُ المَالِيَّةَ لِفَوَاتِهَا إِلَىٰ خَلَفٍ وَهُوَ الثَّمَنُ. بِخِلَافِ العَبْدِ المَدْيُونِ لِأَنَّ لِلْغُرَمَاءِ حَقَّ الِاسْتِسْعَاءِ وَأَمَّا هَاهُنَا فَبِخِلَافِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَىٰ بِأَنْ يُبَاعَ عَبْدُهُ وَيَتَصَدَّقَ بِثَمَنِهِ عَلَىٰ المَسَاكِينِ فَبَاعَهُ الوَصِيُّ وَقَبَضَ الثَّمَنَ فَضَاعَ فِي يَدِهِ فَاسْتَحَقَّ العَبْدُ ضَمِنَ الوَصِيُّ) لِأَنَّهُ هُوَ العَاقِدُ فَتَكُونُ العُهْدَةُ عَلَيْهِ، وَهٰذِهِ عُهْدَةٌ لِأَنَّ المُشْتَرِيَ مِنْهُ مَا رَضِيَ بِبَذْلِ الثَّمَنِ إِلَّا لِيُسَلِّمَ لَهُ المَبِيعَ وَلَمْ يُسَلِّمْ فَقَدْ أَخَذَ الوَصِيُّ البَائِعُ مَالَ الغَيْرِ بِغَيْرِ رِضَاهُ فَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّهُ.

قَالَ: (وَيَرْجِعُ فِيمَا تَرَكَ المَيِّتُ) لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ كَالْوَكِيلِ. وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يَرْجِعُ لِأَنَّهُ ضَمِنَ بِقَبْضِهِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَىٰ مَا ذَكَرْنَا وَيَرْجِعُ فِي جَمِيعِ التَّرِكَةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَرْجِعُ

قوله: وَإِنْ كَانَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ، أي إذا باعه بمثل القيمة.

قوله: بِغَيْرِ رِضَاهُ، لأنَّ رضا المشتري بأخذ الوصي الثمن إنَّما كان عند سلامة المبيع ولم يسلم.

قوله: وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يَرْجِعُ - أي لا يرجع الوصيُّ علىٰ أحدٍ - لِأَنَّهُ ضَمِنَ بِقَبْضِهِ، أي لأنَّهُ تبيَّن بطلان الوصية باستحقاق الغلام ولم يكن عاملًا للورثةِ فلا يرجعُ عليهم بشيءٍ.

فِي الثُّلُثِ لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِحُكْمِ الوَصِيَّةِ فَأَخَذَ حُكْمَهَا، وَمَحَلُّ الوَصِيَّةِ الثُّلُثُ. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الغُرُورِ وَذٰلِكَ دَيْنٌ عَلَيْهِ وَالدَّيْنُ يُقْضَىٰ مِنْ جَمِيعِ التَّرِكَةِ، بِخِلَافِ القَاضِي أَوْ أَمِينِهِ إِذَا تَوَلَّىٰ البَيْعَ حَيْثُ لَا عُهْدَةَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ فِي إِلْزَامِهَا القَاضِيَ تَعْطِيلَ القَضَاءِ، إِذْ يَتَحَامَىٰ عَنْ تَقَلُّدِ هٰذِهِ الأَمَانَةِ حَذَرًا عَنْ لُزُومِ الغَرَامَةِ فَتَتَعَطَّلُ مَصْلَحَةُ العَامَّةِ وَأَمِينُهُ سَفِيرٌ عَنْهُ كَالرَّسُولِ، وَلَا كَذٰلِكَ الوَصِيُّ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ

قوله: لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِحُكْمِ الوَصِيَّةِ، لأنَّ البيعَ كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصيةِ والوصيةُ تنفذُ من الثلث عليه.

قوله: وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الغُرُورِ، أي أنَّ الوصيَّ يرجع على الميت علىٰ تركته بحكم أنَّ الميت غرَّه بقوله: إن هذا ملكي، لأنَّهُ لمَّا أمره ببيع عبده وتصدَّق بثمنه على المساكين كان قائلًا أنَّ هذا العبد ملكي، فكان الوصيُّ مغرورًا من جهته، وكان ذلك الضمان دينًا على الميت والدينُ يقضى من جميع التركة، كذا ذكره الإمام قاضي خان، وذكر في الذخيرة: فإن هلكت التَّركة لا يرجع علىٰ أحدٍ لا على الورثة ولا على المساكين إن كان قد تصدَّق عليهم بالثمن، لأنَّ البيع لم يقع إلا للميِّت، وفي المنتقىٰ: إذا أوصى الرجل إلىٰ رجل وأمره أن يبيعَ هذا ويتصدَّق بثمنه على المساكين ففعل الوصيُّ ذلك ثمَّ استحقَّ العبد من يد المشتري ورجعَ المشتري على الوصيِّ بالثمن لا يرجع الوصيُّ في مال الميت بشيءٍ، وإنَّما يرجعُ على المساكين الذي تصدَّق عليهم بالثمن، والقياسُ هكذا يقتضي لأنَّ غنم تصرف الوصي يعودُ إلى المساكين فغرمه يجب أن يكون عليهم، وهذه الرواية تخالفُ رواية الجامع الصغير أنَّ الميتَ أصلٌ في غنم هذا التصرف وهو الثوابُ والفقيرُ تبعٌ له.

الوَكِيلِ وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ القَضَاءِ، فَإِنْ كَانَتِ التَّرِكَةُ قَدْ هَلَكَتْ أَوْ لَمْ يَكُنْ بِهَا وَفَاءٌ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ كَمَا إِذَا كَانَ عَلَىٰ المَيِّتِ دَيْنٌ آخَرُ.

قَالَ: (وَإِنْ قَسَمَ الوَصِيُّ المِيرَاثَ فَأَصَابَ صَغِيرًا مِنَ الوَرَثَةِ عَبْدٌ فَبَاعَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ فَهَلَكَ وَاسْتَحَقَّ العَبْدَ رَجَعَ فِي مَالِ الصَّغِيرِ) لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ، وَيَرْجِعُ الصَّغِيرُ عَلَىٰ الوَرَثَةِ بِحِصَّتِهِ لِانْتِقَاضِ القِسْمَةِ بِاسْتِحْقَاقِ مَا أَصَابَهُ.

قَالَ: (وَإِذَا احْتَالَ الوَصِيُّ بِمَالِ اليَتِيمِ فَإِنْ كَانَ خَيْرًا لِلْيَتِيمِ جَازَ) وَهُوَ أَنْ يَكُونَ أَمْلَأَ، إِذِ الوِلَايَةُ نَظَرِيَّةٌ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ أَمْلَأَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ فِيهِ تَضْيِيعَ مَالِ اليَتِيمِ عَلَىٰ بَعْضِ الوُجُوهِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الوَصِيِّ وَلَا شِرَاؤُهُ إِلَّا بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي

قوله: وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ القَضَاءِ، في آخر فصل القضاء بالمواريث من فصول كتاب أدب القاضي.

قوله: وَإِذَا احْتَالَ الوَصِيُّ بِمَالِ اليَتِيمِ - أي قبل الحوالة - فَإِنْ كَانَ خَيْرًا لِلْيَتِيمِ جَازَ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ أَمْلَأَ، أي قدر على الأداء، وإن كان الأوَّل أملأ لا يجوز، وإن كانا سواءً ذكر أنه لا يجوز، كذا ذكره الإمام المحبوبي، وفي الذخيرة: وإن كان الثاني مثل الأوَّل في الملاء فقد اختلف المشايخ فيه، وأشار في الكتاب إلىٰ أنه لا يجوز.

قوله: عَلَىٰ بَعْضِ الوُجُوهِ، وهو أنه إذا لم يكن مليًّا يتأخَّر الأداء، والتأخير إتلافٌ من وجهٍ.

مِثْلِهِ) لِأَنَّهُ لَا نَظَرَ فِي الغَبْنِ الفَاحِشِ، بِخِلَافِ اليَسِيرِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، فَفِي اعْتِبَارِهِ انْسِدَادِ بَابِهِ. وَالصَّبِيُّ المَأْذُونُ وَالْعَبْدُ المَأْذُونُ وَالْمُكَاتَبُ يَجُوزُ بَيْعُهُمْ وَشِرَاؤُهُمْ بِالْغَبْنِ الفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُمْ يَتَصَرَّفُونَ بِحُكْمِ المَالِكِيَّةِ، وَالإِذْنُ فَكُّ الحَجْرِ، بِخِلَافِ الوَصِيِّ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِحُكْمِ النِّيَابَةِ الشَّرْعِيَّةِ نَظَرًا فَيَتَقَيَّدُ بِمَوْضِعِ النَّظَرِ. وَعِنْدَهُمَا لَا يَمْلِكُونَهُ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ بِالْفَاحِشِ مِنْهُ تَبَرُّعٌ لَا ضَرُورَةَ فِيهِ وَهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِهِ (وَإِذَا كَتَبَ كِتَابَ الشِّرَاءِ عَلَىٰ وَصِيٍّ كَتَبَ كِتَابَ الوَصِيَّةِ عَلَىٰ حِدَةٍ وَكِتَابَ الشِّرَاءِ عَلَىٰ حِدَةٍ) لِأَنَّ ذٰلِكَ أَحْوَطُ، وَلَوْ كَتَبَ جُمْلَةً عَسَىٰ أَنْ يَكْتُبَ الشَّاهِدُ شَهَادَتَهُ فِي آخِرِهِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ فَيَصِيرُ ذٰلِكَ حَمْلًا لَهُ عَلَىٰ الكَذِبِ. ثُمَّ قِيلَ: يَكْتُبُ اشْتَرَىٰ مِنْ فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ وَلَا يَكْتُبُ مِنْ فُلَانٍ وَصِيِّ فُلَانٍ لِمَا

قوله: لِأَنَّهُمْ يَتَصَرَّفُونَ بِحُكْمِ المَالِكِيَّةِ، أي بأهليتهم لا بأمر المولىٰ، لأنَّ الإذن فكُّ الحجر، ولأنه أذن لهم في التجارة والتاجرُ يحتاج إلى المساهلة، ويحتمل الغبن في بعض التصرفات لاستجلاب قلوب المجاهزين فكان هذا من توابع التجارة، بخلاف الهبة، وبخلاف الأب والوصيِّ لأنَّهما يتصرفان بشرط الأصلح والأحسن.

قوله: وَإِذَا كَتَبَ كِتَابَ الشِّرَاءِ ... عَلَىٰ حِدَةٍ، لأنَّ ذلك أحوطُ لأنَّهُ لو كتبَ كتابًا واحدًا وجمع بين الوصية والشراء ويشهد من الشهود من لم يتحمل الشهادة على الوصية، فعند أداء الشهادة عسىٰ أن يشهد بجميع ذلك فيكون شاهد زورٍ.

قوله: وَلَا يَكْتُبُ مِنْ فُلَانٍ وَصِيِّ فُلَانٍ لِمَا بَيَّنَّا، أي لأنَّ ذلك أحوطُ.

بَيِّنًا. وَقِيلَ لَا بَأْسَ بِذٰلِكَ لِأَنَّ الوِصَايَةَ تُعْلَمُ ظَاهِرًا.

قَالَ: (وَبَيْعُ الوَصِيِّ عَلَىٰ الكَبِيرِ الغَائِبِ جَائِزٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي العَقَارِ) لِأَنَّ الأَبَ يَلِي مَا سِوَاهُ وَلَا يَلِيهِ، فَكَذَا وَصِيُّهُ فِيهِ. وَكَانَ القِيَاسُ أَنْ لَا يَمْلِكَ الوَصِيُّ غَيْرَ العَقَارِ أَيْضًا لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ الأَبُ عَلَىٰ الكَبِيرِ، إِلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَاهُ لِمَا أَنَّهُ حِفْظٌ لِتَسَارُعِ الفَسَادِ إِلَيْهِ، وَحِفْظُ الثَّمَنِ أَيْسَرُ وَهُوَ يَمْلِكُ الحِفْظَ، أَمَّا العَقَارُ فَمُحْصَنٌ بِنَفْسِهِ.

قَالَ: (وَلَا يَتَّجِرُ فِي المَالِ) لِأَنَّ المُفَوَّضَ إِلَيْهِ الحِفْظُ دُونَ التِّجَارَةِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: وَصِيُّ الأَخِ فِي الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ الغَائِبِ بِمَنْزِلَةِ وَصِيِّ الأَبِ فِي الكَبِيرِ الغَائِبِ، وَكَذَا وَصِيُّ الأُمِّ وَوَصِيُّ العَمِّ. وَهٰذَا الجَوَابُ فِي تَرِكَةِ هٰؤُلَاءِ لِأَنَّ وَصِيَّهُمْ قَائِمٌ مَقَامَهُمْ وَهُمْ يَمْلِكُونَ

قوله: وَبَيْعُ الوَصِيِّ عَلَى الكَبِيرِ الغَائِبِ جَائِزٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي العَقَارِ، استثنى العقار في حقِّ الكبير الغائب، أمَّا في حقِّ الصغير يملك بيع العقار أيضًا، وهذا جواب السلف، وأمَّا جواب المتأخرين أنه إنَّما يجوز بأحد شروط ثلاثة: إمَّا أن يرغب المشتري فيه بضعف القيمة، أو للصغير حاجةٌ إلىٰ ثمنها، أو بأن يكون على الميت دينٌ ولا وفاءَ له إلا به، قال الصدر الشهيد: وبه يفتى.

قوله: لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ الأَبُ عَلَى الكَبِيرِ، في صورة التناقض لقوله: لِأَنَّ الأَبَ يَلِي مَا سِوَاهُ، ويتفصَّى عنه بأنَّ الأب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه لجهة الحفظ والنظر.

قوله: وَهٰذَا الجَوَابُ فِي تَرِكَةِ هٰؤُلَاءِ، قيَّد به لأنَّ الوصي كالموصي وهم لا

مَا يَكُونُ مِنْ بَابِ الحِفْظِ فَكَذَا وَصِيُّهُمْ.

قَالَ: (وَالْوَصِيُّ أَحَقُّ بِمَالِ الصَّغِيرِ مِنَ الجَدِّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الجَدُّ أَحَقُّ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَقَامَهُ مَقَامَ الأَبِ حَالَ عَدَمِهِ حَتَّىٰ أَحْرَزَ المِيرَاثَ فَيُقَدَّمُ عَلَىٰ وَصِيِّهِ. وَلَنَا أَنَّ بِالْإِيصَاءِ تَنْتَقِلُ وِلَايَةُ الأَبِ إِلَيْهِ فَكَانَتْ وِلَايَتُهُ قَائِمَةً مَعْنًىٰ فَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ كَالْأَبِ نَفْسِهِ، وَهٰذَا لِأَنَّ اخْتِيَارَهُ الوَصِيَّ مَعَ عِلْمِهِ بِقِيَامِ الجَدِّ يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّ تَصَرُّفَهُ أَنْظَرُ لِبَنِيهِ مِنْ تَصَرُّفِ أَبِيهِ (فَإِنْ لَمْ يُوصِ الأَبُ فَالْجَدُّ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ) لِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِ وَأَشْفَقُهُمْ عَلَيْهِ حَتَّىٰ يَمْلِكَ الإِنْكَاحَ دُونَ وَصِيٍّ، غَيْرَ أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ وَصِيُّ الأَبِ فِي التَّصَرُّفِ لِمَا بَيَّنَّاهُ.

يملكون إلا الحفظ فكذا وصيهم، فإن كان للصغير مالٌ لا من تركتهم لا يملك وصيهم حفظه، لأنَّ ولاية الحفظ مقصورةٌ على تركة الموصي.

قوله: غَيْرَ أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ وَصِيُّ الأَبِ فِي التَّصَرُّفِ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وهو قوله: وَلَنَا أَنَّ بِالْإِيصَاءِ تَنْتَقِلُ وِلَايَةُ الأَبِ إِلَيْهِ، إلىٰ آخره. والله أعلم بالصواب.

فَصْلٌ فِي الشَّهَادَةِ

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ الوَصِيَّانِ أَنَّ المَيِّتَ أَوْصَىٰ إِلَىٰ فُلَانٍ مَعَهُمَا فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُمَا مُتَّهَمَانِ فِيهَا لِإِثْبَاتِهِمَا مُعَيِّنًا لِأَنْفُسِهِمَا.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهَا المَشْهُودُ لَهُ) وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ، وَهُوَ فِي القِيَاسِ كَالْأَوَّلِ لِمَا بَيَّنَّا مِنَ التُّهْمَةِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ لِلْقَاضِي وِلَايَةَ نَصْبِ الوَصِيِّ ابْتِدَاءً أَوْ ضَمَّ آخَرَ إِلَيْهِمَا بِرِضَاهُ بِدُونِ شَهَادَتِهِمَا فَيَسْقُطُ

فصل في الشهادة

هٰهنا خمس مسائل: الغريمان لهما على الميت دينٌ، والغريمان للميِّت عليهما دينٌ، والموصىٰ لهما، والموصىٰ إليهما، والوارثان.

قوله: **وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ**، أي قبول الشهادة عند دعوى المشهود له الوصاية.

قوله: **وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ لِلْقَاضِي وِلَايَةَ نَصْبِ الوَصِيِّ ابْتِدَاءً**، فإن قيل: إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاجُ إلىٰ أن ينصب عن الميت وصيًّا آخر، فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادةٍ فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكَّنت الشبهة فيه؟ قلنا: القاضي وإن كان لا يحتاج إلىٰ نصب الوصيِّ لكن الوصيان والموصىٰ لهما والوارثان متىٰ شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبيرَ لنا في هذا المال إلا بالثالث، فأشْبَه من هذا الوجه ما لم يكن ثمَّة وصيٌّ، وهناكَ تقبل الشهادة، فكذا هنا.

بِشَهَادَتِهِمَا مُؤْنَةُ التَّعْيِينِ عَنْهُ، أَمَّا الوِصَايَةُ تَثْبُتُ بِنَصْبِ القَاضِي.

قَالَ: (وَكَذٰلِكَ الِابْنَانِ) مَعْنَاهُ إِذَا شَهِدَا أَنَّ المَيِّتَ أَوْصَىٰ إِلَىٰ رَجُلٍ وَهُوَ يُنْكِرُ لِأَنَّهُمَا يَجُرَّانِ إِلَىٰ أَنْفُسِهِمَا نَفْعًا بِنَصْبِ حَافِظٍ لِلتَّرِكَةِ. (وَلَوْ شَهِدَا) يَعْنِي الوَصِيَّيْنِ (لِوَارِثٍ صَغِيرٍ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِ المَيِّتِ أَوْ غَيْرِهِ فَشَهَادَتُهُمَا بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُمَا يُظْهِرَانِ وِلَايَةَ التَّصَرُّفِ لِأَنْفُسِهِمَا فِي المَشْهُودِ بِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ شَهِدَا لِوَارِثٍ كَبِيرٍ فِي مَالِ المَيِّتِ لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَالِ المَيِّتِ جَازَ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: إِنْ شَهِدَا لِوَارِثٍ كَبِيرٍ تَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ، لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتَ لَهُمَا وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ فِي التَّرِكَةِ إِذَا كَانَتِ الوَرَثَةُ كِبَارًا فَعَرِيَتْ عَنِ التُّهْمَةِ. وَلَهُ أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُمَا وِلَايَةُ الحِفْظِ وَوِلَايَةُ بَيْعِ المَنْقُولِ عِنْدَ غَيْبَةِ الوَارِثِ فَتَحَقَّقَتِ التُّهْمَةُ، بِخِلَافِ شَهَادَتِهِمَا فِي غَيْرِ التَّرِكَةِ لِانْقِطَاعِ وِلَايَةِ وَصِيِّ الأَبِ عَنْهُ، لِأَنَّ المَيِّتَ أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي تَرِكَتِهِ لَا فِي غَيْرِهَا.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُمَا وِلَايَةُ الحِفْظِ وَوِلَايَةُ بَيْعِ المَنْقُولِ عِنْدَ غَيْبَةِ الوَارِثِ فَتَحَقَّقَتِ التُّهْمَةُ، بِخِلَافِ شَهَادَتِهِمَا فِي غَيْرِ التَّرِكَةِ، لأنَّ الوصيَّ إنَّما صار خصمًا بقول الوصاية فيما هو من جملة الميراث، وأمَّا فيما هو للوارث الكبير على الأجنبيِّ لا بطريق الإرث هو كأجنبيٍّ آخرَ.

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ لِرَجُلَيْنِ عَلَىٰ مَيِّتٍ بِدَيْنِ أَلْفِ دِرْهَمٍ وَشَهِدَ الآخَرَانِ لِلْأَوَّلَيْنِ بِمِثْلِ ذٰلِكَ جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا، فَإِنْ كَانَتْ شَهَادَةُ كُلِّ فَرِيقٍ لِلْآخَرِ بِوَصِيَّةِ أَلْفِ دِرْهَمٍ لَمْ تَجُزْ) وَهٰذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا تُقْبَلُ فِي الدَّيْنِ أَيْضًا. وَأَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِيمَا ذَكَرَ الخَصَّافُ مَعَ أَبِي يُوسُفَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ. وَجْهُ القَبُولِ أَنَّ الدَّيْنَ يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ وَهِيَ قَابِلَةٌ

قوله: وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ فِيمَا ذَكَرَ الخَصَّافُ مَعَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ، أي لا يجوزُ شهادة كلِّ فريقٍ من الشاهدين في حقِّ الآخر، لا في حقِّ الدين ولا في حقِّ الوصية بألف درهمٍ، وقوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، أي تجوزُ شهادةُ كلِّ فريقٍ من الشاهدين في حقِّ الآخر في حقِّ الدين، ولا تجوزُ في حقِّ الوصية بألف درهمٍ، فصارَ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ روايتان، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ كذلك، وعن محمد رحمه الله تعالىٰ روايةً واحدةً، وجنس هذه المسائل علىٰ أربعة أوجهٍ: في الوجه الأول تقبل الشهادة بالإجماع، وهو أن يشهد الرجلان بوصية عينٍ لرجلين كالعبد وشهد الموصىٰ لهما لهذين الشاهدين بوصية عينٍ أخرىٰ كالجارية، لأنَّهُ لا شركةَ للشهود فيه فلا تتمكَّن التهمة، وفي الوجه الثانِي لا تقبلُ بالإجماع، وهو أن يشهد الرجلان بالوصية بجزءٍ شائعٍ كالوصية بثلث ماله وشهد المشهود لهما للشاهدين بمثل ذلك، لأنَّهما أوْجَبا شركةً لأنفسهما فيما شهدا به للآخرين، وكذلك إذا شهدا للآخرين بألفٍ مرسلةٍ أيضًا، وفي الوجه الثالث أنه لا يقبلُ أيضًا، وهو أن يشهد الرجلان أنَّ الميت أوْصىٰ لهذين الرجلين بعينٍ كالعبد، وشهد المشهود لهما أنَّ الميت أوْصىٰ للشاهدين الأولين بثلث ماله لأنَّ الشهادة مثبتة للشركة،

لِحُقُوقٍ شَتَّىٰ فَلَا شَرِكَةَ، وَلِهٰذَا لَوْ تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِقَضَاءِ دَيْنِ أَحَدِهِمَا لَيْسَ لِلْآخَرِ حَقُّ الْمُشَارَكَةِ. وَجْهُ الرَّدِّ أَنَّ الدَّيْنَ بِالْمَوْتِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَةِ إِذِ الذِّمَّةُ خَرِبَتْ بِالْمَوْتِ، وَلِهٰذَا لَوِ اسْتَوْفَىٰ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ مِنَ التَّرِكَةِ يُشَارِكُهُ الآخَرُ فِيهِ فَكَانَتِ الشَّهَادَةُ مُثْبِتَةً حَقَّ الشَّرِكَةِ فَتَحَقَّقَتِ التُّهْمَةُ، بِخِلَافِ حَالِ حَيَاةِ المَدْيُونِ لِأَنَّهُ فِي الذِّمَّةِ لِبَقَائِهَا لَا فِي المَالِ فَلَا تَتَحَقَّقُ الشَّرِكَةُ.

قَالَ: (وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَوْصَىٰ لِهٰذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِجَارِيَتِهِ وَشَهِدَ المَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّ المَيِّتَ أَوْصَىٰ لِلشَّاهِدَيْنِ بِعَبْدِهِ جَازَتِ الشَّهَادَةُ بِالِاتِّفَاقِ) لِأَنَّهُ لَا شَرِكَةَ فَلَا تُهْمَةَ. (وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَوْصَىٰ لِهٰذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِثُلُثِ مَالِهِ وَشَهِدَ المَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّهُ أَوْصَىٰ لِلشَّاهِدَيْنِ بِثُلُثِ مَالِهِ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ، وَكَذَا إِذَا شَهِدَ الأَوَّلَانِ أَنَّ المَيِّتَ أَوْصَىٰ لِهٰذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِالْعَبْدِ وَشَهِدَ المَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّهُ أَوْصَىٰ لِلْأَوَّلَيْنِ بِثُلُثِ مَالِهِ فَهِيَ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي هٰذِهِ الصُّورَةِ مُثْبِتَةٌ لِلشَّرِكَةِ.

وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدَّين.

قوله: فَكَانَتِ الشَّهَادَةُ مُثْبِتَةً حَقَّ الشَّرِكَةِ فَتَحَقَّقَتِ التُّهْمَةُ، لا يُقال: أنَّ لهما في هذه الشهادة مضرَّةٌ وهو أن لا تسع التَّركة حقُّ الفريقين فينتقصُ حقهما بالشركة، لأنا نقول: هذا توهُّمٌ عسىٰ يتحقَّقُ وعسىٰ لا يتحقَّقُ، ومنفعة ثبوت حق المشاركة فيما يستوفيه الآخر متحقِّقة فتَرد الشهادة لهذا، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

كِتَابُ الخُنْثَىٰ

فَصْلٌ فِي بَيَانِهِ

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ لِلْمَوْلُودِ فَرْجٌ وَذَكَرٌ فَهُوَ خُنْثَىٰ، فَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنَ الذَّكَرِ فَهُوَ غُلَامٌ، وَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنَ الفَرْجِ فَهُوَ أُنْثَىٰ) «لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - سُئِلَ عَنْهُ كَيْفَ يُورَثُ؟ فَقَالَ مِنْ حَيْثُ يَبُولُ» وَعَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - مِثْلُهُ. وَلِأَنَّ البَوْلَ مِنْ أَيِّ عُضْوٍ كَانَ فَهُوَ دَلَالَةٌ عَلَىٰ أَنَّهُ هُوَ العُضْوُ الأَصْلِيُّ الصَّحِيحُ وَالْآخَرُ بِمَنْزِلَةِ

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

اعلم أنَّ اللهَ تعالىٰ خلق بني آدم ذكورًا وأناثًا، كما قال الله تعالىٰ: ﴿وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً﴾ [النساء: ١] وقال: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ ۝٤٩﴾ [الشورىٰ: ٤٩] وقد بيَّن حكمُ كلٍّ واحد منهما ولم يبيِّن حكم من هو ذكر وأنثىٰ، فدلَّ أنه لا يجتمع الوصفان في شخصٍ واحدٍ وكيفَ يجتمعان وبينهما مضادة؟

قوله: وَلِأَنَّ البَوْلَ مِنْ أَيِّ عُضْوٍ كَانَ فَهُوَ دَلَالَةٌ عَلَىٰ أَنَّهُ هُوَ العُضْوُ الأَصْلِيُّ

العَيْبِ (وَإِنْ بَال مِنْهُمَا فَالْحُكْمُ لِلْأَسْبَقِ) لِأَنَّ ذٰلِكَ دَلَالَةٌ أُخْرَىٰ عَلَىٰ أَنَّهُ هُوَ العُضْوُ الأَصْلِيُّ (وَإِنْ كَانَا فِي السَّبْقِ عَلَىٰ السَّوَاءِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِالْكَثْرَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: يُنْسَبُ إِلَىٰ أَكْثَرِهِمَا بَوْلًا) لِأَنَّهُ عَلَامَةُ قُوَّةِ ذٰلِكَ العُضْوِ وَكَوْنُهُ عُضْوًا أَصْلِيًّا، وَلِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الكُلِّ فِي أُصُولِ الشَّرْعِ فَيَتَرَجَّحُ بِالْكَثْرَةِ. وَلَهُ أَنَّ كَثْرَةَ الخُرُوجِ لَيْسَ يَدُلُّ عَلَىٰ القُوَّةِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لِاتِّسَاعٍ فِي أَحَدِهِمَا وَضِيقٍ فِي الآخَرِ، وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْهُمَا عَلَىٰ السَّوَاءِ فَهُوَ مُشْكِلٌ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ لَا مُرَجِّحَ.

الصَّحِيحُ، وذلك أنَّ ما يقعُ به الفصل بين الذكر والأنثىٰ عند الولادة الآلةُ، وذلك في الآدميِّ وفي سائر الحيوانات وعند انفصال الولد من الأمِّ منفعة تلك الآلة خروج البول منها، وما سواه من المنافع يحدثُ بعد ذلك، فعرفنا أنَّ المنفعةَ الأصلية للآلة كونُها مبالًا، فإذا كان يبولُ من مبال الرجال عرفنا أنَّ الآلةَ هذه والآخر زيادةٌ بمنزلة خرقٍ في البدن، وإذا كان يبولُ مبالَ النساء عرفنا أنَّ الآلةَ هذه وأنَّ الآخر بمنزلة ثُؤلولٍ في البدن.

قوله: وَإِنْ بَال مِنْهُمَا فَالْحُكْمُ لِلْأَسْبَقِ، والفقهُ فيه أنَّ حين وجد الأول لم يكن له معارِضٌ فأخذ اسم المبال قبل أن يأخذ الآخر ذلك الاسم، والثانِي يعارضه الأوَّل حين وجوده فترجَّح السابقُ.

قوله: وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْهُمَا عَلَى السَّوَاءِ فَهُوَ مُشْكِلٌ بِالِاتِّفَاقِ، أي إذا كان بوله في الخروج والكثرة على السواء كان مشكلًا بالاتفاق، وفي شرح الطحاوي: وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ رحمهما الله تعالىٰ: يعتبر الأكثرُ منهما، فإن استويا في الكثرة قالوا جميعًا

قَالَ: (وَإِذَا بَلَغَ الخُنْثَىٰ وَخَرَجَتْ لَهُ اللِّحْيَةُ أَوْ وَصَلَ إِلَىٰ النِّسَاءِ فَهُوَ رَجُلٌ) وَكَذَا إِذَا احْتَلَمَ كَمَا يَحْتَلِمُ الرَّجُلُ أَوْ كَانَ لَهُ ثَدْيٌ مُسْتَوٍ، لِأَنَّ هٰذِهِ مِنْ عَلَامَاتِ الذُّكْرَانِ (وَلَوْ ظَهَرَ لَهُ ثَدْيٌ كَثَدْيِ المَرْأَةِ أَوْ نَزَلَ لَهُ لَبَنٌ فِي ثَدْيِهِ أَوْ حَاضَ أَوْ حَبِلَ أَوْ أَمْكَنَ الوُصُولُ إِلَيْهِ مِنَ الفَرْجِ فَهُوَ امْرَأَةٌ) لِأَنَّ هٰذِهِ مِنْ عَلَامَاتِ النِّسَاءِ (وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ إِحْدَىٰ هٰذِهِ العَلَامَاتِ فَهُوَ خُنْثَىٰ مُشْكِلٌ) وَكَذَا إِذَا تَعَارَضَتْ هٰذِهِ المَعَالِمُ.

لا علمَ لنا به، ثمَّ إنَّ أبا حنيفة رحمه الله تعالىٰ استقبحَ التَّرجيحَ بكثرة البول، علىٰ ما يحكىٰ عنه أنَّ أبا يوسفَ رحمه الله تعالىٰ لمَّا قال بين يديه يورثُ من أكثرهما بولًا، قال: يا أبا يوسفَ! هل رأيتَ قاضيًا يكيلُ البولَ بالأوانِي؟ أي الكثرة على الحقيقة لا تعرف إلا بالكيل ولا يجوز الاشتغال به.

قوله: وَكَذَا إِذَا تَعَارَضَتْ هٰذِهِ المَعَالِمُ، بأن ظهرَ فيه علامة الرجل وعلامة المرأة، والله تعالىٰ أعلم.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ فِي أَحْكَامِهِ

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: الأَصْلُ فِي الخُنْثَىٰ المُشْكِلِ أَنْ يُؤْخَذَ فِيهِ بِالْأَحْوَطِ وَالْأَوْثَقِ فِي أُمُورِ الدِّينِ، وَأَنْ لَا يَحْكُمَ بِثُبُوتِ حُكْمٍ وَقَعَ الشَّكُّ فِي ثُبُوتِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا وَقَفَ خَلْفَ الإِمَامِ قَامَ بَيْنَ صَفِّ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ فَلَا يَتَخَلَّلُ الرِّجَالَ كَيْ لَا تُفْسِدَ صَلَاتَهُمْ وَلَا النِّسَاءَ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ فَتَفْسُدُ صَلَاتُهُ. (فَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ النِّسَاءِ فَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعِيدَ صَلَاتَهُ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ (وَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ الرِّجَالِ فَصَلَاتُهُ

فصل في أحكامه

قوله: فَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ النِّسَاءِ فَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعِيدَ صَلَاتَهُ، وإنَّما قالَ باستحباب إعادة الصلاة دون الوجوب لأنَّ المسقطَ وهو الأداء معلومٌ، والمفسدَ وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاةٍ مشترَكةٍ موهومٌ، فللتوهم أحبُّ له أن يعيد الصلاة، كذا في المبسوط، وذكر في الذخيرة: فإن قامَ في صفِّ النساء فصلَّىٰ قال أحبُّ إليَّ أن يعيد صلاته، لأنَّهُ صبيٌّ أو صبية، فإن كانت صبيةً يجزيها صلاتُها، ويحتملُ أن يكون صبيًّا فتفسدُ صلاته فيؤمرُ بالإعادة تخلُّقًا واعتيادًا، فإن لم يعد فلا شيءَ عليه إن كان مراهقًا، وإن كان بالغًا

تَامَّةٌ وَيُعِيدُ الَّذِي عَنْ يَمِينِهِ وَعَنْ يَسَارِهِ وَالَّذِي خَلْفَهُ بِحِذَائِهِ صَلَاتَهُمْ احْتِيَاطًا) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ.

قَالَ: (وَأَحَبُّ إِلَيْنَا أَنْ يُصَلِّيَ بِقِنَاعٍ) لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ امْرَأَةٌ (وَيَجْلِسَ فِي صَلَاتِهِ جُلُوسَ المَرْأَةِ) لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ رَجُلًا فَقَدْ تَرَكَ سُنَّةً وَهُوَ جَائِزٌ فِي الجُمْلَةِ، وَإِنْ كَانَ امْرَأَةً فَقَدِ ارْتَكَبَ مَكْرُوهًا لِأَنَّ السَّتْرَ عَلَىٰ النِّسَاءِ وَاجِبٌ مَا أَمْكَنَ (وَإِنْ صَلَّىٰ بِغَيْرِ قِنَاعٍ أَمَرْتُهُ أَنْ يُعِيدَ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ وَهُوَ عَلَىٰ الِاسْتِحْبَابِ وَإِنْ لَمْ يُعِدْ أَجْزَأَهُ (وَتُبْتَاعُ لَهُ أَمَةٌ تَخْتِنُهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ) لِأَنَّهُ يُبَاحُ لِمَمْلُوكَتِهِ النَّظَرُ إِلَيْهِ رَجُلًا كَانَ أَوِ امْرَأَةً. وَيُكْرَهُ أَنْ يَخْتِنَهُ رَجُلٌ لِأَنَّهُ عَسَاهُ أُنْثَىٰ أَوْ تَخْتِنُهُ امْرَأَةٌ

وكان مشكلًا حاله يلزمه الإعادة حتمًا وإيجابًا، لأنَّهُ ذكرٌ أو أنثىٰ، فإن كان أنثىٰ لا تلزمها الإعادة، وإن كان ذكرًا كان عليه الإعادة فتجبُ عليه الإعادة احتياطًا.

قوله: وَيُعِيدُ الَّذِي عَنْ يَمِينِهِ وَعَنْ يَسَارِهِ وَالَّذِي خَلْفَهُ بِحِذَائِهِ صَلَاتَهُمْ احْتِيَاطًا، لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ، وفي المبسوط: والمرادُ من الإعادة هو الإعادة علىٰ طريق الاستحباب، لِمَا بينا أنَّ محاذاة المرأة الرجل في حقهم موهومٌ، ومبنى العبادة على الاحتياط فيستحبُّ لهم أن يعيدوا صلاتَهم لهذا.

قوله: وَهُوَ عَلَى الِاسْتِحْبَابِ، أي الأمرُ بإعادة الصلاة إذا صلَّىٰ بغير قناعٍ على الاستحباب، لأنَّ الفسادَ موهومٌ والمسقطُ وهو الأداءُ معلومٌ.

قوله: وَتُبْتَاعُ لَهُ أَمَةٌ تَخْتِنُهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، لِأَنَّهُ يُبَاحُ لِمَمْلُوكَتِهِ النَّظَرُ إِلَيْهِ رَجُلًا

لِأَنَّهُ لَعَلَّهُ رَجُلٌ فَكَانَ الِاحْتِيَاطُ فِيمَا قُلْنَا (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ابْتَاعَ لَهُ الإِمَامُ أَمَةً مِنْ بَيْتِ المَالِ) لِأَنَّهُ أُعِدَّ لِنَوَائِبِ المُسْلِمِينَ (فَإِذَا خَتَنَتْهُ بَاعَهَا وَرَدَّ ثَمَنَهَا فِي بَيْتِ المَالِ) لِوُقُوعِ الِاسْتِغْنَاءِ عَنْهَا.

كَانَ أَوِ امْرَأَةً، هذا التعليلُ وإن كان صحيحًا في حقِّ الرجل فاسدٌ في حقِّ المرأة، لأنَّ الأمةَ في النظر إلىٰ سيِّدتِها كالأجنبيات، والأولىٰ في التعليل ما ذكر في الذخيرة: لأنَّهُ متى اشترى الوليُّ جاريته للخنثىٰ فإنه يملكها الخنثىٰ، ثمَّ إن كان الخنثىٰ ذكرًا فهذا نظر المملوكة إلىٰ مالكها، وإن كان الخنثىٰ أنثىٰ فإنه نظر الجنس إلى الجنس وإنه مباحٌ حالة العذر، فعُلم بِهذا أنَّ شراء الجارية له علىٰ تقدير أن يكون الخنثىٰ أنثىٰ باعتبار أنَّ نظر الجنس إلى الجنس أخفُّ من نظره إلىٰ خلاف الجنس، لا أن يكون للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلىٰ سيِّدتِها. فإن قيل: هذا المعنىٰ موجودٌ فيما إذا زوَّج الوليُّ امرأةً من الخنثىٰ فإنَّ الخنثىٰ لو كان ذكرًا لكانت هذه امرأته، وإن كان أنثىٰ كان فيه نظر الجنس إلى الجنس حتى لا يحتاج إلىٰ شراء الجارية بالمال الكثير؟ قلنا: تزويج المرأة للخنثىٰ لا يفيد إباحة الختان، لأنَّ النكاح موقوفٌ قبل أن يستبين أمره، ويجوز أن يكون ذكرًا فيجوز النكاح ويجوز أن يكون أنثىٰ فلا يجوز، فإذا كان مشكل الحال كان النكاح موقوفًا والنكاح الموقوف لا يفيد إباحة النظر إلى الفرج، هكذا ذكره شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ، وذكر شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله تعالىٰ: إنَّما لم نقل تزوج له امرأةٌ بماله لأنَّا نتيقن بصحة نكاحه ما لم يتبيَّن أمره، ولكن لو فعل هذا كان مستقيمًا، لأنَّ الخنثىٰ إن كان امرأةً فهذا نظر الجنس إلى الجنس، وإن كان ذكرًا فهو نظر المنكوحة إلىٰ زوجها، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: إنَّما لم يقل محمد رحمه الله تعالىٰ ذلك لأنَّ تلك المرأة تبقىٰ معلَّقةً إذا لم يصل إليها، لأنَّهُ لا يمكنُ التفريقُ بينهما لأنَّهُ صبيٌّ ولا تصلُ إلىٰ حقِّها في الجماع، كذا في الذخيرة.

(وَيُكْرَهُ لَهُ فِي حَيَاتِهِ لُبْسُ الحُلِيِّ وَالْحَرِيرِ، وَأَنْ يَتَكَشَّفَ قُدَّامَ الرِّجَالِ أَوْ قُدَّامَ النِّسَاءِ. وَأَنْ يَخْلُوَ بِهِ غَيْرُ مَحْرَمٍ مِنْ رَجُلٍ أَوِ امْرَأَةٍ، وَأَنْ يُسَافِرَ مِنْ غَيْرِ مَحْرَمٍ مِنَ الرِّجَالِ) تَوَقِّيًا عَنِ احْتِمَالِ المَحْرَمِ (وَإِنْ أَحْرَمَ وَقَدْ رَاهَقَ قَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا عِلْمَ لِي فِي لِبَاسِهِ) لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ ذَكَرًا يُكْرَهُ لَهُ لُبْسُ المِخْيَطِ، وَإِنْ كَانَ أُنْثَىٰ يُكْرَهُ لَهُ تَرْكُهُ (وَقَالَ

قوله: وَيُكْرَهُ لَهُ فِي حَيَاتِهِ لُبْسُ الحُلِيِّ وَالْحَرِيرِ، وقوله: فِي حَيَاتِهِ، لا يفيدُ زيادة فائدةٍ لأنَّ الحياةَ تستفادُ من ذكر اللُّبس ومن ذكر اختصاص الكراهة، وبعد الموت الإلباسُ والكراهة للملبس إلا أنه أتبع لفظ المبسوط، وإنَّما وقعَ في لفظ المبسوط ذلك لأنه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثىٰ إذا مات لإظهار المقابلة، لأنَّ لبس الحلي والحرير لا يحلُّ للرجل ويُباح للمرأة، فكان الاحتياط في ترك لبسه كيلا يكون واقعًا في الحرام إن كان رجلًا.

قوله: وَأَنْ يَتَكَشَّفَ قُدَّامَ الرِّجَالِ - لاحتمال أنه امرأةٌ - أَوْ قُدَّامَ النِّسَاءِ، لاحتمال أنه رجلٌ، وهذه المسئلة تدلُّ علىٰ أنَّ نظرُ المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلىٰ ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل، لأنَّهُ لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجازَ للخنثىٰ التكشُّف للنساء فإنه ليسَ المرادُ من التكشُّف إبداء العورة، لأنَّ ذلك لا يحلُّ لغير الخنثىٰ أيضًا، ولكن المراد أن يكون في إزارٍ واحدٍ، وفي نظر المرأة إلى المرأة روايتان.

قوله: وَأَنْ يُسَافِرَ مِنْ غَيْرِ مَحْرَمٍ مِنَ الرِّجَالِ، قيَّد بقوله: مِنَ الرِّجَالِ، لأنَّهُ يكره أن يسافر معه امرأةٌ محرمًا كان أو غير محرم، لأنَّهُ من الجائز أنه أنثىٰ فيكون هذا مسافرة امرأتين بغير محرمٍ لهما، وذلك حرامٌ.

قوله: وَإِنْ كَانَ أُنْثَىٰ يُكْرَهُ لَهُ تَرْكُهُ، أي ترك لبس المخيط، فإنَّ المرأةَ في إحرامها

مُحَمَّدٌ: يَلْبَسُ لِبَاسَ المَرْأَةِ) لِأَنَّ تَرْكَ لُبْسِ المِخْيَطِ وَهِيَ امْرَأَةٌ أَفْحَشُ مِنْ لُبْسِهِ وَهُوَ رَجُلٌ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْلُغْ. (وَمَنْ حَلَفَ بِطَلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ إِنْ كَانَ أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ غُلَامًا فَوَلَدَتْ خُنْثَىٰ لَمْ يَقَعْ حَتَّىٰ يَسْتَبِينَ أَمْرُ الخُنْثَىٰ) لِأَنَّ الحَنَثَ لَا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ (وَلَوْ قَالَ كُلُّ عَبْدٍ لِي حُرٌّ أَوْ قَالَ كُلُّ أَمَةٍ لِي حُرَّةٌ وَلَهُ مَمْلُوكٌ خُنْثَىٰ لَمْ يُعْتَقْ حَتَّىٰ يَسْتَبِينَ أَمْرُهُ) لِمَا قُلْنَا (وَإِنْ قَالَ القَوْلَيْنِ جَمِيعًا عَتَقَ) لِلتَّيَقُّنِ بِأَحَدِ

يلزمها لبسُ المخيط ويحرمُ عليها الاكتفاء بلبس الإزار والرِّداء، فلمَّا استوى الجانبان لا يمكنُ ترجيح أحدهما بغير حجةٍ فتوقَّفَ فيه وقال: لا علمَ لي، وقال محمدٌ رحمه الله تعالىٰ: يلبس لباسَ المرأة لأنَّ ترك لبس المخيط وهو امرأةٌ أفحش من لبسه وهو رجلٌ، لأنَّ لبس المخيط للرجل في إحرامه جائزٌ عند العذر، واشتباه أمره من أبلغ الأعذار، وأمَّا ترك الستر للمرأة فغير جائزٌ في حال من الأحوال، ولبس المخيط أقرب إلى الستر ومبنى حال المرأة على الستر، كما في غير حالة الإحرام.

قوله: لِأَنَّ الحَنَثَ لَا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ، لأنَّ مع الإشكال لا يتيقَّنُ بوجود الشرط، والمعلَّقُ بالشرط لا ينزلُ ما لم يوجد الشرط حقيقةً، فكان هذا نظيرُ ما لو قال: إن لم أدخل دار فلان فعبده حرٌّ، ثمَّ ماتَ ولم يعلم أدخل أو لم يدخل لا يحكمُ بوقوع العتق لهذا المعنىٰ، فكذلك هٰهنا.

قوله: لِمَا قُلْنَا، أي لأنَّ الحنثَ لا يثبتُ بالشكِّ.

قوله: وَإِنْ قَالَ بِالْقَوْلَيْنِ - أي بالإيجابين - جَمِيعًا، بأن قال: كلُّ عبدٍ لي وكلُّ أمةٍ لي فهو حرٌّ.

الوَصْفَيْنِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُهْمَلٍ (وَإِنْ قَالَ الخُنْثَىٰ أَنَا رَجُلٌ أَوْ أَنَا امْرَأَةٌ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِذَا كَانَ مُشْكِلًا) لِأَنَّهُ دَعْوَىٰ يُخَالِفُ قَضِيَّةَ الدَّلِيلِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُشْكِلًا يَنبَغِي أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ) لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِحَالِهِ مِنْ غَيْرِهِ (وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَبِينَ أَمْرُهُ لَمْ يُغَسِّلْهُ رَجُلٌ وَلَا امْرَأَةٌ) لِأَنَّ حِلَّ الغُسْلِ غَيْرُ ثَابِتٍ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ (فَيَتَوَقَّىٰ لِاحْتِمَالِ الحُرْمَةِ وَيَتَيَمَّمُ

قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُشْكِلًا يَنبَغِي أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ، أي إن لم يظهر تعارض العلامات، لأنَّ الإنسان أمينٌ في حقِّ نفسه والقولُ قولُ الأمين ما لم يعرف خلاف ما قالَ، ألا ترىٰ أنَّ المعتدَّة إذا قالت انقضت عدَّتِي وأنكرَ الزوجُ كان القولُ قولها لم يعرف خلاف قولها، ومتى عرف كونه مشكلًا فقد عرف ما قال وعرف أنه مجازف في مقاله، لأنَّهُ لا يَعرف نفسه إذا كان مشكلًا إلَّا ما نعرفه نحنُ.

قوله: لِأَنَّ حِلَّ الغُسْلِ غَيْرُ ثَابِتٍ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، أي غسل الرجل المرأةَ وغسل المرأة الرجلَ غير ثابتٌ، وذلك لأنَّ النظرَ إلى العورة حرامٌ، وبالموت لا تنكشفُ هذه الحرمة، إلا أنَّ نظر الجنس إلى الجنس أخفُّ فلأجل الضرورة أبيحَ النظر للجنس عند الغسل، والمراهقُ كالبالغ في وجوب ستر عورته، فإذا كان مشكلًا لا يوجدُ له جنسٌ إذ لا يعرف جنسه أنه من جنس الرجال أو من النساء، فيتعذَّرُ غسله لانعدام من يغسله فصار بمنزلة من تعذَّر غسله لانعدام ما يغسل به فيتيمَّم بالصعيد، وهو نظير امرأة تموتُ بين رجالٍ ليسَ معهم امرأةٌ فإنَّها تيمَّم بالصعيد، ثمَّ إن كان الميمِّمُ أجنبيًّا يمِّمها مع الخرقة، وإن كان ذا رحم محرم منها يمِّمها بغير الخرقة، وكذلك إذا ماتَ الرجلُ بين نساءٍ ليسَ معهنَّ رجلٌ فإنَّ النساء تيمِّمه بالصعيد من غير خرقةٍ إن كانت المُيَمِّمة ذات رحم محرمٍ منه، وبخرقة إن كانت أجنبيةً، فهذا مثلها، إن كان من يميمه من النساء أو الرجال ذا رحم

بِالصَّعِيدِ) لِتَعَذُّرِ الغُسْلِ (وَلَا يَحْضُرُ إنْ كَانَ مُرَاهِقًا غُسْلَ رَجُلٍ وَلَا امْرَأَةٍ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ ذَكَرٌ أَوْ أُنْثَىٰ (وَإِنْ سَجَّىٰ قَبْرَهُ فَهُوَ أَحَبُّ) لِأَنَّهُ إنْ كَانَ أُنْثَىٰ يُقِيمُ وَاجِبًا، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَالتَّسْجِيَةُ لَا تَضُرُّهُ. (وَإِذَا مَاتَ فَصُلِّيَ عَلَيْهِ وَعَلَىٰ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ وُضِعَ الرَّجُلُ مِمَّا يَلِيَ الإِمَامَ وَالْخُنْثَىٰ خَلْفَهُ وَالْمَرْأَةُ خَلْفَ الخُنْثَىٰ فَيُؤَخَّرُ عَنِ الرَّجُلِ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ (وَيُقَدَّمُ عَلَىٰ المَرْأَةِ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ.

(وَلَوْ دُفِنَ مَعَ رَجُلٍ فِي قَبْرٍ وَاحِدٍ مِنْ عُذْرٍ جُعِلَ الخُنْثَىٰ خَلْفَ الرَّجُلِ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ (وَيُجْعَلُ بَيْنَهُمَا حَاجِزٌ مِنْ صَعِيدٍ، وَإِنْ كَانَ مَعَ امْرَأَةٍ قُدِّمَ الخُنْثَىٰ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ (وَإِنْ كَانَ يُجْعِلَ عَلَىٰ السَّرِيرِ نَعْشُ المَرْأَةِ فَهُوَ أَحَبُّ إلَيَّ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ عَوْرَةٌ، (وَيُكَفَّنُ كَمَا تُكَفَّنُ الجَارِيَةُ وَهُوَ أَحَبُّ إلَيَّ) يَعْنِي يُكَفَّنُ فِي خَمْسَةِ أَثْوَابٍ لِأَنَّهُ إذَا كَانَ أُنْثَىٰ فَقَدْ أُقِيمَتْ سُنَّةٌ، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَقَدْ زَادُوا عَلَىٰ الثَّلَاثِ وَلَا بَأْسَ بِذٰلِكَ. (وَلَوْ مَاتَ أَبُوهُ وَخَلَفَ ابْنًا فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا

محرمٍ منه يَمّمه بغير خرقةٍ، وإن كان أجنبيًّا عنه يَمّمه بخرقةٍ، ولا بأسَ بأن ينظر إلىٰ وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأةً في هذا أخذ بالاحتياط.

قوله: وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَقَدْ زَادُوا عَلَى الثَّلَاثِ وَلَا بَأْسَ بِذٰلِكَ، لأنَّ عدد الكفن معتبَر بعدد الثياب في حال الحياة، فالزيادةُ على الثلاث في الكفن للرجل لا يضرُّه كما في حال الحياة، فإنَّ للرجل أن يلبسَ حال حياته الزيادةَ على الثلاث، وأمَّا إذا كان أنثىٰ كان

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَثْلَاثًا لِلِابْنِ سَهْمَانِ، وَلِلْخُنْثَىٰ سَهْمٌ وَهُوَ أُنْثَىٰ عِنْدَهُ فِي المِيرَاثِ إِلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ غَيْرَ ذٰلِكَ) وَقَالَا: لِلْخُنْثَىٰ نِصْفُ مِيرَاثِ ذَكَرٍ وَنِصْفُ مِيرَاثِ أُنْثَىٰ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ.

في الاقتصار على الثلاث تركُ السنة، فإنَّ السنةَ في كفن المرأة خمسةَ أثوابٍ، فكان أحْوَط الوجهين ما ذكرنا.

قوله: وَهُوَ أُنْثَىٰ عِنْدَهُ فِي المِيرَاثِ إِلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ غَيْرَ ذٰلِكَ، أي غير كونه أنثىٰ وهو كونه ابنًا، والحكمُ في توريث الخنثى المشكل أن يعطىٰ له ميراثُ النساء إلا أن يكون أسوأ حاله أن يكون ذكرًا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ وعليه الفتوىٰ، وعن الشعبي وهو قول ابن عباس رضي الله عنه نصف ميراث ذكرٍ ونصف ميراث أنثىٰ، وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ آخرًا.

قوله: وَقَالَا: لِلْخُنْثَىٰ نِصْفُ مِيرَاثِ ذَكَرٍ وَنِصْفُ مِيرَاثِ أُنْثَىٰ، هذا وقعَ مخالفًا لعامَّة روايات الكتب، لأنَّ محمدًا مع أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ في عامة الروايات، ويحتملُ أن يراد أنَّهما قالا على قياس قول الشعبي للخنثىٰ نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثىٰ، وتكلَّموا فيما إذا كان الخنثىٰ صبيًّا يتوهَّم أن يستبين أمره في الثاني أنه كيف يقسم المال بينهما، فمنهم من يقول بدفع الثلث إلى الخنثىٰ والنصف إلى الابن ويوقف السدس إلىٰ أن يتبيَّن أمره، لأنَّ المستحقَّ لهذا السدس منهما مجهولٌ فيتوقَّف إلىٰ أن يستبين، كما في الحمل والمفقود فإنه يوقفُ نصيبهما إلىٰ أن يتبيَّن حالهما، وأكثرهم علىٰ أنه يدفع ذلك إلى الابن، لأنَّ سبب استحقاقه لجميع المال وهو البنوة معلومٌ فإنَّما ينتقصُ حقُّه لمزاحمة حقِّ الغير، والخنثىٰ ما زاحمه إلا في الثلث فما وراء ذلك يبقىٰ مستحقًّا له؛ توضيحه: إنَّما حكمنا بكون الخنثىٰ أنثىٰ حيث إعطيناه الثلث مع الابن، وبعد ما حكمنا بالأنوثة في حقه يعطى الذكر ضعف ما يعطى الأنثىٰ، وبه فارق الحمل والمفقود

وَاخْتَلَفَا فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ، قَالَ مُحَمَّدٌ: المَالُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا لِلْابْنِ سَبْعَةٌ وَلِلْخُنْثَىٰ خَمْسَةٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: المَالُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ سَبْعَةٍ لِلابْنِ أَرْبَعَةٌ وَلِلْخُنْثَىٰ ثَلَاثَةٌ، لِأَنَّ الِابْنَ يَسْتَحِقُّ كُلَّ المِيرَاثِ عِنْدَ الِانْفِرَادِ وَالْخُنْثَىٰ ثَلَاثَةُ الأَرْبَاعِ، فَعِنْدَ الِاجْتِمَاعِ يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ قَدْرِ حَقَّيْهِمَا هٰذَا يَضْرِبُ بِثَلَاثَةٍ وَذٰلِكَ يَضْرِبُ بِأَرْبَعَةٍ فَيَكُونُ سَبْعَةً.

فإنَّا لم نحكم فيهما بشيءٍ من موتٍ أو حياةٍ فلهذا يوقف نصيبهما، وإذا دفع الثلثان إلى الابن هل يؤخذ منه الكفيل؟ قال بعض مشايخنا: هو على الخلاف المعروف في الدعوىٰ أنَّ القاضي إذا دفع المالَ إلى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلًا في قول أبي حنيفة، وعندهما يحتاط في أخذ الكفيل، وقال بعضهم: يؤخذ منه الكفيل عندهم جميعًا، وإنَّما لم يجوِّز أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ أخذ الكفيل هناك للمجهول، وهنا إنَّما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريقٌ مستقيمٌ يصونُ به القاضي قضاه وينظرُ لمن هو عاجزٌ عن النظر لنفسه وهو الخنثىٰ فيأخذ من الابن كفيلًا لذلك، فإن تبيَّن أنَّ الخنثىٰ ذكرٌ استَردَّ ذلك من أخيه وإن تبيَّن أنه أنثىٰ فالمقبوض سالمٌ للابن.

قوله: وَاخْتَلَفَا فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ، قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: المَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا لِلْابْنِ سَبْعَةٌ وَلِلْخُنْثَىٰ خَمْسَةٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: المَالُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ سَبْعَةٍ لِلابْنِ أَرْبَعَةٌ وَلِلْخُنْثَىٰ ثَلَاثَةٌ، ثمَّ التفاوتُ بين تخريجهما أنَّ علىٰ تخريج قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ ما كان يصيب الخنثىٰ أكثر ممَّا يصيبه علىٰ قول محمد رحمه الله تعالىٰ، فإنَّ ثلاثةً من سبعة أكثرُ من خمسة من اثني عشر، لأنَّا لو زدنا نصف سبع علىٰ ثلاثة أسباع يصيرُ نصف المال والخمسة لا تصير نصف المال إلا بزيادة سهمٍ من اثني عشر وهو نصفُ السدس، ونصفُ السدس أكثرُ من نصف السبع

وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الخُنْثَىٰ لَوْ كَانَ ذَكَرًا يَكُونُ المَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَإِنْ كَانَ أُنْثَىٰ يَكُونُ المَالُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا احْتَجْنَا إِلَىٰ حِسَابٍ لَهُ نِصْفٌ وَثُلُثٌ، وَأَقَلُّ ذٰلِكَ سِتَّةٌ، فَفِي حَالٍ يَكُونُ المَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثَةٌ، وَفِي حَالٍ يَكُونُ أَثْلَاثًا لِلْخُنْثَىٰ سَهْمَانِ وَلِلِابْنِ أَرْبَعَةٌ، فَسَهْمَانِ لِلْخُنْثَىٰ ثَابِتَانِ بِيَقِينٍ. وَوَقَعَ الشَّكُّ فِي السَّهْمِ الزَّائِدِ فَيَتَنَصَّفُ فَيَكُونُ لَهُ سَهْمَانِ وَنِصْفٌ فَانْكَسَرَ فَيُضَعَّفُ لِيَزُولَ الكَسْرُ فَصَارَ الحِسَابُ مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ لِلْخُنْثَىٰ خَمْسَةٌ وَلِلِابْنِ سَبْعَةٌ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الحَاجَةَ هَاهُنَا إِلَىٰ إِثْبَاتِ المَالِ ابْتِدَاءً، وَالْأَقَلُّ وَهُوَ مِيرَاثُ الأُنْثَىٰ مُتَيَقَّنٌ بِهِ، وَفِيمَا زَادَ عَلَيْهِ شَكٌّ، فَأَثْبَتْنَا المُتَيَقَّنَ بِهِ قَصْرًا عَلَيْهِ لِأَنَّ المَالَ لَا يَجِبُ بِالشَّكِّ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ الشَّكُّ فِي وُجُوبِ المَالِ بِسَبَبٍ آخَرَ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ فِيهِ بِالْمُتَيَقَّنِ، كَذَا هٰذَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ الأَقَلَّ لَوْ قَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا فَحِينَئِذٍ يُعْطَىٰ نَصِيبَ الِابْنِ فِي تِلْكَ

فثبتَ أنَّ ما قال أبو يوسفَ رحمه الله تعالىٰ أنفَعُ للخنثىٰ، والطريقُ الواضح فيه أن يضرب السبعة في الاثني عشر حيثُ لا موافقةَ بينهما فيصيرُ المجموع أربعة وثمانين، ثمَّ اضرب حصة من كان له شيءٌ من السبعة في اثني عشر وحصة الخنثىٰ ثلاثة من سبعة فاضربه في اثني عشر فيكون ستة وثلاثين، ثمَّ اضربَ حصةَ من كان له شيءٌ من الاثني عشر في سبعة وللخنثىٰ خمسة من اثني عشر فاضربه في السبعة فيكون خمسة وثلاثين، فظهرَ أنَّ التفاوت بسهم من أربعة وثمانين سهمًا.

قوله: إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ الأَقَلَّ لَوْ قَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا فَحِينَئِذٍ يُعْطَىٰ نَصِيبَ الِابْنِ

الصُّورَةِ لِكَوْنِهِ مُتَيَقَّنًا بِهِ، وَهُوَ أَنْ تَكُونَ الوَرَثَةُ زَوْجًا، وَأُمًّا وَأُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ هِيَ خُنْثَىٰ أَوِ امْرَأَةً وَأَخَوَيْنِ لِأُمٍّ وَأُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ هِيَ خُنْثَىٰ. فَعِنْدَنَا فِي الأُولَىٰ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ وَالْبَاقِي لِلْخُنْثَىٰ، وَفِي الثَّانِيَةِ لِلْمَرْأَةِ الرُّبْعُ وَلِلْأَخَوَيْنِ لِأُمٍّ الثُّلُثُ وَالْبَاقِي لِلْخُنْثَىٰ لِأَنَّهُ أَقَلُّ النَّصِيبَيْنِ فِيهِمَا.

فِي تِلْكَ الصُّورَةِ لِكَوْنِهِ مُتَيَقَّنًا بِهِ، وَهُوَ أَنْ تَكُونَ الوَرَثَةُ زَوْجًا وَأُمًّا وَأُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ هِيَ خُنْثَىٰ، أَوِ امْرَأَةً وَأَخَوَيْنِ لِأُمٍّ - تدبر - وَأُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ هِيَ خُنْثَىٰ. فَعِنْدَنَا فِي الأُولَىٰ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ وَالْبَاقِي لِلْخُنْثَىٰ، وَفِي الثَّانِيَةِ لِلْمَرْأَةِ الرُّبْعُ وَلِلْأَخَوَيْنِ لِأُمٍّ الثُّلُثُ وَالْبَاقِي لِلْخُنْثَىٰ لِأَنَّهُ أَقَلُّ النَّصِيبَيْنِ فِيهِمَا، فيجعلُ ذكرًا فيهما لأنَّهُ لو كان أنثىٰ في مسئلة الأولىٰ يعول الحساب إلىٰ ثمانية، لأنَّهُ يكون صاحب فريضةٍ وفرضه ثلاثة من ستَّةٍ وللزوج ثلاثةٌ وللأمِّ سهمان، ولو كان ذكرًا يكون له الباقي سهمٌ وسهمٌ من ستَّةٍ أقلَّ من ثلاثةٍ من ثمانية، ولو كان أنثىٰ في المسئلة الثانية لكان له نصف المال ستَّة من اثني عشر فيعول إلىٰ ثلاثة عشر، ولو كان ذكرًا لكان للمرأة الربع وللأخوين لأمِّ الثلث من اثني عشر سهمًا وللخنثىٰ خمسةَ، وخمسة من اثني عشر أقلَّ من ستة من ثلاثة عشر لأنَّهُ يصيرُ نصفَ المال بنصف سهمٍ وذا بسهمٍ، ولو ماتت امرأةٌ وتركت زوجًا وأختًا لأبٍ وأمٍّ وخنثىٰ لأبٍ فللزوج النصف وللأخت لأبٍ وأمٍّ النصفُ، ولا شيءَ للخنثىٰ لأنَّ أسوأ حاله أن يكون ذكرًا، لأنَّهُ لو جعلَ ذكرًا لا يصيبه شيءٌ، ولو جعل أنثىٰ لكان له سدسٌ وتعود المسئلةُ فيجعل ذكرًا، والله تعالىٰ أعلمُ بالصواب.

مَسَائِلُ شَتَّىٰ

قَالَ: (وَإِذَا قُرِئَ عَلَىٰ الأَخْرَسِ كِتَابُ وَصِيَّتِهِ فَقِيلَ لَهُ أَنَشْهَدُ عَلَيْكَ بِمَا فِي هٰذَا الكِتَابِ فَأَوْمَأَ بِرَأْسِهِ: أَيْ نَعَمْ أَوْ كَتَبَ، فَإِذَا جَاءَ مِنْ ذٰلِكَ مَا يُعْرَفُ أَنَّهُ إِقْرَارٌ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَا يَجُوزُ ذٰلِكَ فِي الَّذِي يُعْتَقَلُ لِسَانُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ لِأَنَّ المُجَوِّزَ إِنَّمَا هُوَ العَجْزُ وَقَدْ شَمِلَ الفَصْلَيْنِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الأَصْلِيِّ وَالْعَارِضِيِّ كَالْوَحْشِيِّ وَالْمُتَوَحِّشِ مِنَ الأَهْلِيِّ فِي حَقِّ الذَّكَاةِ، وَالْفَرْقُ لِأَصْحَابِنَا - رَحِمَهُمُ

مسائل شتى

قوله: فَإِذَا جَاءَ مِنْ ذٰلِكَ مَا يُعْرَفُ أَنَّهُ إِقْرَارٌ فَهُوَ جَائِزٌ، أي إذا جاء من الإيماء والكتابة ما يُعرف أنه إقرارٌ فهو يكون وصيَّةً، وإنَّما قيَّد بقوله: مَا يُعْرَفُ أَنَّهُ إِقْرَارٌ، لأنَّ ما يجيء من الأخرس ومعتقل اللسان علىٰ نوعين: أحدهما: ما يكون ذلك منه دلالة الإنكار، كما إذا حرَّك رأسه عرضًا مثلًا، والثاني: ما يكون ذلك منه دلالة الإقرار، كما إذا حرَّك رأسه طولًا إذا كان ذلك معهودًا منه في نعم، ولا يجوز ذلك في الذي يُعتقلُ لسانه، بضم الياء وفتح القاف على البناء للمفعول، وفي المغرب: واعتُقل لسانه بضم التاء إذا احتبسَ عن الكلام ولم يقدر عليه.

قوله: كَالْوَحْشِيِّ وَالْمُتَوَحِّشِ مِنَ الأَهْلِيِّ فِي حَقِّ الذَّكَاةِ، أي ما توحشَ من النّعم

اللهُ – أَنَّ الإِشَارَةَ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ إِذَا صَارَتْ مَعْهُودَةً مَعْلُومَةً وَذٰلِكَ فِي الأَخْرَسِ دُونَ المُعْتَقَلِ لِسَانُهُ. حَتَّىٰ لَوِ امْتَدَّ ذٰلِكَ وَصَارَتْ لَهُ إِشَارَاتٌ مَعْلُومَةٌ قَالُوا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الأَخْرَسِ، وَلِأَنَّ التَّفْرِيطَ جَاءَ مِنْ قِبَلِهِ حَيْثُ أَخَّرَ الوَصِيَّةَ إِلَىٰ هٰذَا الوَقْتِ، أَمَّا الأَخْرَسُ فَلَا تَفْرِيطَ مِنْهُ، وَلِأَنَّ العَارِضِيَّ عَلَىٰ شَرَفِ الزَّوَالِ دُونَ الأَصْلِيِّ فَلَا يَتَقَاسَانِ، وَفِي الآبِدَةِ عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الأَخْرَسُ يَكْتُبُ كِتَابًا أَوْ يُومِئُ إِيمَاءً يُعْرَفُ بِهِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُهُ وَطَلَاقُهُ وَعَتَاقُهُ وَبَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ وَيُقْتَصُّ لَهُ وَمِنْهُ،

فذكاته العقرُ والجرحُ كالوحشي الأصليِّ ولم يفصل بين الأصليِّ والعارضي، فكذا هذا.

قوله: حَتَّىٰ لَوِ امْتَدَّ ذٰلِكَ وَصَارَتْ لَهُ إِشَارَاتٌ مَعْلُومَةٌ، وحدُّ الامتداد سنةٌ كما ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ، وذكر الحاكم أبو محمد رحمه الله تعالىٰ روايةً عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه قال: إن دامت العقلة إلىٰ وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهادُ عليه، لأنَّهُ عجزَ عن النطق بمعنًى لا يُرجىٰ زواله فكان كالأخرس، قالوا: وعليه الفتوىٰ، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَفِي الآبِدَةِ عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ، جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ: كالوحشي والمتوحِّش الأهلي، وهو ما رُويَ عن رافع بن خديج أنَّ بعيرًا من إبل الصدقات ندَّ فرماه رجلٌ بسهمٍ وسمَّى فقتله فقال عليه الصلاة والسلام: «إنَّ لها أوابد كأوابد الوحش، فإذا فعلت شيئًا من ذلك فافعلوا بِها كما فعلتم بِهذا، ثمَّ كلوه» كذا ذكره في صيد المبسوط.

وَلَا يُحَدُّ وَلَا يُحَدُّ لَهُ) أَمَّا الكِتَابَةُ فَلِأَنَّـهَا مِمَّنْ نَأَىٰ بِمَنْزِلَةِ الخِطَابِ مِمَّنْ دَنَا؛ أَلَا تَـرَىٰ أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَدَّىٰ وَاجِبَ التَّبْلِيغِ مَرَّةً بِالْعِبَارَةِ وَتَارَةً بِالْكِتَابَةِ إِلَىٰ الغُيَّبِ، وَالْمُجَوِّزُ فِي حَقِّ الغَائِبِ العَجْزُ وَهُوَ فِي حَقِّ الأَخْرَسِ أَظْهَرُ وَأَلْزَمُ.

ثُمَّ الكِتَابَةُ عَلَىٰ ثَلَاثِ مَرَاتِبَ: مُسْتَبِينٌ مَرْسُومٌ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النُّطْقِ فِي الغَائِبِ وَالْحَاضِرِ عَلَىٰ مَا قَالُوا. وَمُسْتَبِينٌ غَيْرُ مَرْسُومٍ كَالْكِتَابَةِ عَلَىٰ الجِدَارِ وَأَوْرَاقِ الأَشْجَارِ، وَيَنْوِي فِيهِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ صَرِيحِ الكِتَابَةِ فَلَا

قوله: وَلَا يُحَدُّ، أيَّ حدٍّ كان فيتناولُ جميع الأنواع، أي لا يحدُّ الأخرس إذا كان قاذفًا بالإشارة أو الكتابة، وكذا إذا أقرَّ بالزنا أو السرقة أو الشرب، لأنَّ المقرَّ علىٰ نفسه ببعض الأسباب الموجبة للعقوبة ما لم يذكر اللفظ الصريح لا يستوجب العقوبة.

قوله: وَلَا يُحَدُّ لَهُ، أي حدَّ القذف خاصَّةً إذا كان مقذوفًا.

قوله: وَهُوَ - أي العجز - فِي حَقِّ الأَخْرَسِ أَظْهَرُ وَأَلْزَمُ، من العجز في حقِّ الغائب، وذلك لأنَّ الظاهرَ من حال الغائب أنه يحضرُ، وأمَّا الأخرسُ فالظاهرُ من حاله أنه لا يزول خرسه، فلمَّا قبل الكتابة من الغائب في ثبوت الأحكام مع رجاء النُّطق بالحضور فلأَن تقبل في حقِّ الأخرس مع اليأس عن زوال الخرس أوْلىٰ.

قوله: ثُمَّ الكِتَابَةُ عَلَىٰ ثَلَاثِ مَرَاتِبَ: مُسْتَبِينٌ، احترازٌ عن غير المستبين وهو الكتابة على الهواء والماء، مَرْسُومٌ، أي معنون، أي مصدَّر بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان إلىٰ فلانٍ، وَيَنْوِي فِيهِ، أي يطلب منه النية.

قوله: لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ صَرِيحِ الكِتَابَةِ، أي بمنزلة كنايةٍ قوليَّةٍ، أما الكتابةُ فهو

بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ. وَغَيْرُ مُسْتَبِينٍ كَالْكِتَابَةِ عَلَىٰ الهَوَاءِ وَالْمَاءِ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ كَلَامٍ غَيْرِ مَسْمُوعٍ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ الحُكْمُ. وَأَمَّا الإِشَارَةُ فَجُعِلَتْ حُجَّةً فِي حَقِّ الأَخْرَسِ فِي حَقِّ هٰذِهِ الأَحْكَامِ لِلْحَاجَةِ إِلَىٰ ذٰلِكَ لِأَنَّـهَا مِنْ حُقُوقِ العِبَادِ وَلَا تَخْتَصُّ بِلَفْظٍ دُونَ لَفْظٍ، وَقَدْ تَثْبُتُ بِدُونِ اللَّفْظِ.

ليست بصريح الكناية لأنَّها فعلٌ، والكناية في الحقيقة إنَّما تكون في القول، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: وإذا كتب مستبينًا لكن غير مرسومٌ كالكتابة على الجدار، أو على التُّراب، أو على الكاغذ، لا علىٰ وجه الرسم كان لغوًا، لأنَّهُ لا عرف في إظهار الأمر بهذا فلا يكون حجَّةً إلا بالبينة والبيان، وفي الشافي: وكذا الصحيحُ لو كتب الطلاق أو غيره، أو ذكر الحق علىٰ نفسه فهو على تلك الوجوه، إن كان مستبينًا مرسومًا ويثبت ذلك بإقراره أو ببينة فهو كالخطاب، حتَّىٰ لو جحدَ يسعُ لمن شهدَ كتابته أن يشهد إذا عرف ما في الكتاب، وإن كتب غير مستبين لم يكن قرارًا، وإن أشهد وقال كتبتُ كذا فاشهدوا أنِّي كتبتُ ذلك، وإن كان مستبينًا غير مرسومٍ إن أشهد عليه كان إقرارًا، لأنَّ الكتابة قد تكون للتجربة وقد تكون للتحقيق وبالإشهاد يقع البيان، ولو كتبَ ذكر حقٍّ بين يدي قومٍ وهم يعرفون ما يكتبُ ثمَّ قالَ لهم: اشهدوا عليَّ بما فيه يصحُّ الإشهاد، وكذا لو أملاه علىٰ غيره حتَّىٰ كتب وهم يعلمون ما ذا يملي ثمَّ أشهدهم، وفي باب ما يكون إقرارًا لو كتب علىٰ نفسه صكًّا بألفٍ لفلانٍ والقوم ينظرون إليه ويعرفون ما يكتبُ وقال لهم: اشهدوا عليَّ بما فيه، كان إقرارًا، وإن لم يقل لهم: اشهدوا، هل يكون ذلك إقرارًا؟ ذكر أبو اليُسر رحمه الله تعالىٰ: قيل: لا يكون إقرارًا، وقيل: يكون لأنَّ الظاهر يدلُّ علىٰ أنَّ المال عليه، والأحكام إنَّما تبتني علىٰ ما عليه الظاهر.

قوله: وَقَدْ تَثْبُتُ بِدُونِ اللَّفْظِ، كما في بيع التعاطي ونكاح الفضوليِّ مع القدرة على

وَالْقِصَاصُ حَقُّ العَبْدِ أَيْضًا، وَلَا حَاجَةَ إِلَىٰ الحُدُودَ لِأَنَّهَا حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ، وَلِأَنَّهَا تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، وَلَعَلَّهُ كَانَ مُصَدِّقًا لِلْقَاذِفِ فَلَا يُحَدُّ لِلشُّبْهَةِ، وَلَا يُحَدُّ أَيْضًا بِالْإِشَارَةِ فِي القَذْفِ لِانْعِدَامِ القَذْفِ صَرِيحًا وَهُوَ الشَّرْطُ. ثُمَّ الفَرْقُ بَيْنَ الحُدُودِ وَالْقِصَاصِ أَنَّ الحَدَّ لَا يَثْبُتُ بِبَيَانٍ فِيهِ شُبْهَةٌ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُمْ لَوْ شَهِدُوا بِالْوَطْءِ الحَرَامِ أَوْ أَقَرَّ بِالْوَطْءِ الحَرَامِ لَا يَجِبُ الحَدُّ، وَلَوْ شَهِدُوا بِالْقَتْلِ المُطْلَقِ أَوْ أَقَرَّ بِمُطْلَقِ القَتْلِ يَجِبُ القِصَاصُ وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لَفْظُ التَّعَمُّدِ، وَهٰذَا لِأَنَّ القِصَاصَ فِيهِ مَعْنَىٰ العِوَضِيَّةِ لِأَنَّهُ شُرِعَ جَابِرًا فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ مَعَ الشُّبْهَةِ كَسَائِرِ المُعَاوَضَاتِ الَّتِي هِيَ حَقُّ العَبْدِ. أَمَّا الحُدُودُ الخَالِصَةُ لِلَّهِ تَعَالَىٰ فَشُرِعَتْ زَوَاجِرَ وَلَيْسَ فِيهَا مَعْنَىٰ العِوَضِيَّةِ فَلَا تَثْبُتُ مَعَ الشُّبْهَةِ لِعَدَمِ الحَاجَةِ. وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الإِقْرَارِ أَنَّ الكِتَابَ مِنَ الغَائِبِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي قِصَاصٍ يَجِبُ عَلَيْهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الجَوَابُ

التكلم، فلأن يثبت هنا والعجز متحقِّقٌ أَوْلَى.

قوله: لَوْ شَهِدُوا بِالْوَطْءِ الحَرَامِ، أي مع أنَّ الوطءَ الحرام مطلقًا إنَّما هو الزنا لاحتمالِ أن يكون حرامًا مقيَّدًا.

قوله: وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لَفْظُ التَّعَمُّدِ، أي لفظ التعمد في الشهادة والإقرار.

قوله: وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الجَوَابُ هُنَا كَذٰلِكَ، أي لا تكون الكتابة حجَّةً في حقِّ الأخرس، فَيَكُونُ فِيهِمَا رِوَايَتَانِ، أي في الأخرس والغائب غير الأخرس.

هُنَا كَذٰلِكَ فَيَكُونُ فِيهِمَا رِوَايَتَانِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُفَارِقًا لِذٰلِكَ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ الوُصُولُ إِلَىٰ نُطْقِ الغَائِبِ فِي الجُمْلَةِ لِقِيَامِ أَهْلِيَّةِ النُّطْقِ، وَلَا كَذٰلِكَ الأَخْرَسُ لِتَعَذُّرِ الوُصُولِ إِلَىٰ النُّطْقِ لِلْآفَةِ المَانِعَةِ، وَدَلَّتِ المَسْأَلَةُ عَلَىٰ أَنَّ الإِشَارَةَ مُعْتَبَرَةٌ وَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَىٰ الكِتَابَةِ، بِخِلَافِ مَا تَوَهَّمَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ - أَنَّهُ لَا تُعْتَبَرُ الإِشَارَةُ مَعَ القُدْرَةِ عَلَىٰ الكِتَابَةِ، لِأَنَّهُ حُجَّةٌ ضَرُورِيَّةٌ، وَلَا ضَرُورَةَ لِأَنَّهُ جَمَعَ هَاهُنَا بَيْنَهُمَا فَقَالَ: أَشَارَ أَوْ كَتَبَ، وَإِنَّمَا اسْتَوَيَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُجَّةٌ ضَرُورِيَّةٌ، وَفِي الكِتَابَةِ زِيَادَةُ بَيَانٍ لَمْ يُوجَدْ فِي الإِشَارَةِ، وَفِي الإِشَارَةِ زِيَادَةُ أَثَرٍ لَمْ يُوجَدْ فِي الكِتَابَةِ لِمَا أَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَىٰ النُّطْقِ مِنْ آثَارِ الأَقْلَامِ

قوله: لِأَنَّهُ جَمَعَ هَاهُنَا بَيْنَهُمَا، يتعلَّق بقوله: بِخِلَافِ مَا تَوَهَّمَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا، فيكون دليلُ كونه مخالفًا لما توهَّمه البعض.

قوله: وَفِي الكِتَابَةِ زِيَادَةُ بَيَانٍ، لأنَّهُ يفهمُ المقصود منها بلا شبهةٍ.

قوله: لِمَا أَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى النُّطْقِ، أي الإشارةُ أقربُ إلى الكلام من الكتابة، لأنَّ العلم بالكتابة إنَّما يحصلُ بآثار الأقلام وهيَ منفصلة عن المتكلِّم، وأمَّا العلم الحاصل بالإشارة حاصلٌ بما هو متصلٌ بالمتكلم وهو إشارةٌ بيده أو برأسه، فكان المتصل بالمتكلم أقْرَب إليه من المنفصل منه، فكان الاعتبار لِمَا هو أقرب إلى الموضوع للبيان أوْلَىٰ، وقيل: الإشارة أقْرَبُ إلى النطق لِمَا أنَّ النطق لا يبقىٰ أثره، وكما يوجد يتلاشىٰ ويضمحلُ، فكذا الإشارة بخلاف الكتابة.

فَاسْتَوَيَا (وَكَذٰلِكَ الَّذِي صَمَتَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ لِعَارِضٍ) لِمَا بَيَّنَّا فِي الْمُعْتَقَلِ لِسَانُهُ أَنَّ آلَةَ النُّطْقِ قَائِمَةٌ، وَقِيلَ هٰذَا تَفْسِيرٌ لِمُعْتَقَلِ اللِّسَانِ. قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ الغَنَمُ مَذْبُوحَةً وَفِيهَا مَيْتَةٌ فَإِنْ كَانَتِ المَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ تَحَرَّىٰ فِيهَا وَأَكَلَ، وَإِنْ كَانَتِ المَيْتَةُ أَكْثَرَ أَوْ كَانَا نِصْفَيْنِ لَمْ يَأْكُلْ) وَهٰذَا إِذَا كَانَتِ الحَالَةُ حَالَةَ الِاخْتِيَارِ. أَمَّا فِي حَالَةِ الضَّرُورَةِ يَحِلُّ لَهُ التَّنَاوُلُ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ. لِأَنَّ المَيْتَةَ المُتَيَقَّنَةَ تَحِلُّ لَهُ فِي حَالَةِ الضَّرُورَةِ، فَالَّتِي تَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ ذَكِيَّةً أَوْلَىٰ، غَيْرَ أَنَّهُ يَتَحَرَّىٰ لِأَنَّهُ طَرِيقٌ يُوَصِّلُهُ إِلَىٰ الذَّكِيَّةِ فِي الجُمْلَةِ فَلَا يَتْرُكُهُ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ الأَكْلُ فِي حَالَةِ الِاخْتِيَارِ وَإِنْ كَانَتِ المَذْبُوحَةُ

قوله: وَكَذٰلِكَ الَّذِي صَمَتَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ لِعَارِضٍ، أي لا يجوزُ إقراره بأن أوْمى برأسه أي نعم أو كتب وهو معطوفٌ علىٰ قوله: ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه.

قوله: فَإِنْ كَانَتِ المَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ تَحَرَّىٰ فِيهَا وَأَكَلَ، هذا بخلاف الثياب، فإنه يتحرَّىٰ فيها بكلِّ حالٍ سواءٌ كانت الغلبة للطاهر أو للنجس أو استويا، وهذا لأنَّ حكم الثياب أخفُّ، ولهذا لو لم يكن معه إلَّا ثوبٌ واحدٌ وربعه طاهرٌ يصلي فيه بالإجماع وإن كان ثلاثة أرباعه نجسًا، وأمَّا إذا كان الطاهر أقلَّ من الربع فكذلك عند محمد رحمه الله تعالىٰ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ يتخيَّرُ بين أن يصلي فيه وبين أن يصلي عريانًا قاعدًا بالإيماء، فلمَّا جازت الصلاة في ثوبٍ نجسٍ حالة الضرورة فلَأَن تجوز بالتحري حالة الاشتباه أوْلىٰ.

قوله: وَهٰذَا إِذَا كَانَتِ الحَالَةُ حَالَةَ الِاخْتِيَارِ، أي بأن يجدَ ذكيةً بيقينٍ.

أَكْثَرَ لِأَنَّ التَّحَرِّيَ دَلِيلٌ ضَرُورِيٌّ فَلَا يُصَارُ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَلَا ضَرُورَةَ لِأَنَّ الحَالَةَ حَالَةُ الِاخْتِيَارِ. وَلَنَا أَنَّ الغَلَبَةَ تَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ فِي إِفَادَةِ الإِبَاحَةِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ أَسْوَاقَ المُسْلِمِينَ لَا تَخْلُو عَنِ المُحَرَّمِ المَسْرُوقِ وَالْمَغْصُوبِ وَمَعَ ذٰلِكَ يُبَاحُ التَّنَاوُلُ اعْتِمَادًا عَلَىٰ الغَالِبِ، وَهٰذَا لِأَنَّ القَلِيلَ لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ وَلَا يُسْتَطَاعُ الِامْتِنَاعُ مِنْهُ فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ دَفْعًا لِلْحَرَجِ كَقَلِيلِ النَّجَاسَةِ وَقَلِيلِ الِانْكِشَافِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا نِصْفَيْنِ أَوْ كَانَتِ المَيْتَةُ أَغْلَبَ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ فِيهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ المَرْجِعُ وَالْمَآبُ.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا نِصْفَيْنِ أَوْ كَانَتِ المَيْتَةُ أَغْلَبَ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ فِيهِ، لأنَّ الحالة حالة الاختيار ويوجد ذكيةٌ بيقينٍ، واللهُ أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

تمَّت بالخير

والحمد لله ربِّ العالمين

والصلاة والسَّلام علىٰ رسوله سيِّدنا محمدٍ وآله وصحبه أجمعين.

فهرس المحتويات

المجلَّدُ الثَّامن

كتاب الرهن

كتاب الجنايات

كتاب الدِّيَات

كتاب المعاقل

كتاب الوصايا

كتاب الخنثى

* * *